الجزء الرابع من

كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الطبعة الأولى
١٣٢٨ هـ — ١٩١٠ م

الطبعة الثانية
١٣٩٤ هـ — ١٩٧٤ م

الناشر
دار الكتاب العربي
بيروت . لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الرضاع

قد ذكرنا فى كتاب النكاح ان المحرمات نكاحا على التأبيد أنواع ثلاثة محرمات بالقرابة ومحرمات بالصهرية ومحرمات بالرضاع وقد بينا المحرمات بالقرابة والصهرية فى كتاب النكاح وهذا الكتاب وضع لبيان المحرمات بالرضاع والكلام فى هذا الكتاب يقع فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان المحرمات بالرضاع والثانى فى بيان صفة الرضاع المحرم والثالث فى بيان ما يثبت به الرضاع

﴿ فصل ﴾ أما الاول فالاصل ان كل من يحرم بسبب القرابة من الفرق السبع الذين ذكرهم الله عز وجل فى كتابه الكريم نصا أو دلالة على ما ذكرنا فى كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاعة الا ان الحرمة فى جانب المرضعة متفق عليها وفى جانب زوج المرضعة مختلف فيها أما تفسير الحرمة فى جانب المرضعة فهو ان المرضعة تحرم على المرضع لانها صارت أماله بالرضاع فتحرم عليه لقوله عز وجل وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم معطوفا على قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم و بناتكم فسمى سبحانه وتعالى المرضعة ام المرضع وحرمها عليه وكذا بناتها يحرمن عليه سواء كن من صاحب اللبن أو من غير صاحب اللبن من تقدم منهن ومن تأخر لانهن اخواته من الرضاعة وقد قال الله عز وجل واخواتكم من الرضاعة اثبت تعالى الاخوة بين بنات المرضعة و بين المرضع والحرمة بينهما مطلقا من غير فصل بين اخت واخت وكذا بنات بناتها و بنات ابنائها وان سفلن لانهن بنات أخ المرضع واخته من الرضاعة وهن يحرمن من النسب كذا من الرضاعة ولو ارضعت امرأة صغيرين من اولاد الاجانب صارا اخوين لكونهما من اولاد المرضعة فلا يجوز المناكحة بينهما اذا كان احدهما انثى والاصل فى ذلك ان كل اثنين اجتمعا على ثدى واحد صارا اخوين او اختين او اخا واختا من الرضاعة فلا يجوز لاحدهما ان

يتزوج

يتزوج بالآخر ولا بولده كما في النسب وامهات المرضعة يحرمن على المرضع لانهن جداته من قبل امه من الرضاعة وآباء المرضعة اجداد المرضع من الرضاعة فيحرم عليهم كما في النسب واخوات المرضعة يحرمن على المرضع لانهن خالاته من الرضاعة وأخواتها اخوال المرضع فيحرم عليهم كما في النسب فاما بنات اخوة المرضعة واخواتها فلا يحرمن على المرضع لانهن بنات اخواله وخالاته من الرضاعة وانهن لا يحرمن من النسب فكذا من الرضاعة وتحرم المرضعة على ابناء المرضع وابناء ابنائه وان سفلوا كما في النسب هذا تفسير الحرمة في جانب المرضعة والاصل في هذه الجملة قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فيجب العمل بعمومه الا ما خص بدليل واما الحرمة في جانب زوج المرضعة التي نزل لها منه لبن فثبتت عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وروى عن رافع بن خديج رضي الله عنه أنه قال لا تثبت وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار و بشر المريسي ومالك وهي المسئلة الملقبة عند الفقهاء بلبن الفحل انه هل يحرم أولا وتفسير تحريم لبن الفحل ان المرضعة تحرم على زوج المرضعة لانها بنته من الرضاع وكذا على ابنائه الذين من غير المرضعة لانهم اخوتها لاب من الرضاعة وكذا على ابناء ابنائه وابناء بناته من غير المرضعة لانهم ابناء اخوة المرضعة واخواتها لاب من الرضاعة وعلى هذا اذا كان لرجل امرأتان فحملتا منه وارضعت كل واحدة منهما صغيرا أجنبيا فقد صارا اخوين لاب من الرضاعة فان كان احدهما انثى فلا يجوز النكاح بينهما لان الزوج اخوها لابيها من الرضاعة وان كانا اثنيين لا يجوز لرجل ان يجمع بينهما لانهما أختان لاب من الرضاعة وتحرم على آباء زوج المرضعة لانهم اجدادها من قبل الاب من الرضاعة وكذا على اخوته لانهم اعمامها من الرضاعة واخواته عمات المرضع فيحرمن عليه واما اولاد اخوته واخواته فلا تحرم المناكحة بينهم لانهم اولاد الاعمام والعمات ويجوز النكاح بينهم في النسب فيجوز في الرضاع هذا تفسير لبن الفحل احتج من قال انه لا يحرم بان الله عز وجل بين الحرمة في جانب المرضعة ولم يبين في جانب الزوج بقوله تعالى وامهاتكم من اللاتي ارضعنكم ولو كانت الحرمة ثابتة في جانبه لبينها كما بين في النسب بقوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم و بناتكم ولان المحرم هو الارضاع وانه وجد منها لا منه فصارت بنتا لها لا له والدليل عليه انه لو نزل للزوج لبن فارتضعت منه صغيرة لم يحرم عليه فاذا لم تثبت الحرمة بلبنه فكيف تثبت بلبن غيره ولنا الحديث المشهور وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى ان عائشة رضي الله عنها قالت جاء عمي من الرضاعة فاستأذن علي فابيت ان آذن له حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم انما هو عمك فأذني له فقلت يا رسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انه عمك فليلج عليك قالت عائشة رضي الله عنها وكان ذلك بعد ان ضرب علينا الحجاب أي بعد أمر الله عز وجل النساء بالحجاب عن الاجانب وقيل كان الداخل عليك أفلح أخا أبي القعيس وكانت امرأة أبي القعيس أرضعتها وعن عمرة أن عائشة رضي الله عنها أخبرتها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وانها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة قالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا رجل يستأذن في بيتك قال أراه فلانا لعم حفصة من الرضاعة فقلت يا رسول الله لو كان فلان حيا لعمي من الرضاعة أكان يدخل علي فقال نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة وعن علي رضي الله عنه انه قال لا تنكح من أرضعته امرأة أبيك ولا امرأة أخيك ولا امرأة ابنك وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه سئل عن رجل له امرأتان أو جارية وامرأة فارضعت هذه غلاما وهذه جارية هل يصلح للغلام أن يتزوج الجارية فقال رضي الله عنه لا اللقاح واحد بين الحكم وأشار الى المعنى وهو اتحاد اللقاح ولان المحرم هو اللبن وسبب اللبن هو ماء الرجل والمرأة جميعا فيجب ان يكون الرضاع منهما جميعا كما كان الولد لهما جميعا وأما قولهم ان الله تعالى بين الحرمة في جانب المرضعة لا في جانب زوجها فنقول ان لم يبينها نصاً فقد بينها دلالة وهذا لان البيان من الله تعالى بطريقين بيان احاطة و بيان كفاية فبين في النسب بيان احاطة و بين في الرضاع بيان كفاية تسليطا

مجتهدين على الاجتهاد والاستدلال بالمنصوص عليه على غيره وهو ان الحرمة فى جانب المرضعة لمكان اللبن وسبب حصول اللبن ونزوله هو ماؤهما جميعا فكان الرضاع منهما جميعا وهذا لان اللبن انما يوجب الحرمة لاجل الجزئية والبعضية لانه ينبت اللحم وينشر العظم على ما نطق به الحديث ولما كان سبب حصول اللبن ونزوله ماءهما جميعا وبارتضاع اللبن تثبت الجزئية بواسطة نبات اللحم يقام سبب الجزئية مقام حقيقة الجزئية فى باب الحرمات احتياطا والسبب يقام مقام المسبب خصوصا فى باب الحرمات أيضا ألا ترى ان المرأة تحرم على جدها كما تحرم على أبيها وان لم يكن تحريمها على جدها منصوصا عليه فى الكتاب العزيز لكن لما كان مبينا بيان كفاية وهو ان البنت وان حدثت من ماء الاب حقيقة دون ماء الجد لكن الجد سبب ماء الاب أقيم السبب مقام المسبب فى حق الحرمة احتياطا كذا ههنا والدليل عليه انه لما لم يذكر البنات من الرضاعة نصا لم يذكر بنات الاخوة والاخوات من الرضاعة نصا وانما ذكر الاخوات ثم ذكر لبنات الاخوة والاخوات دلالة حتى حرمن بالاجماع كذا ههنا على انه ان لم يبين بوحى متلو فقد بين بوحى غير متلو على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد خرج الجواب عن قولهم ان الارضاع وجد منها لا منه لانا انه وجد منهما لان سبب حصول اللبن ماؤهما جميعا فكان الارضاع منهما جميعا واما الزوج اذا نزل له لبن فارتضعت به صغيرة فذلك لا يسمى رضاعا عرفا وعادة ومعنى الرضاع أيضا لا يحصل به وهو اكتفاء الصغير به فى الغذاء لانه لا يغنيه من جوع فصار كلبن الشاة والله عز وجل أعلم ثم انما تثبت الحرمة من جانب الزوج اذا كان لها زوج فاما اذا لم يكن لها زوج بان ولدت من الزنا فنزل لها لبن فأرضعت به صبيا فالرضاع يكون منها خاصة لا من الزانى لان نسبه يثبت منها لا من الزانى والاصل ان كل من يثبت منه النسب يثبت منه الرضاع ومن لا يثبت منه النسب لا يثبت منه الرضاع وكذا البكر اذا نزل لها لبن وهى لم تتزوج قط فالرضاع يكون منها خاصة والله الموفق وكذا كل من يحرم بسبب المصاهرة من الفرق الاربع الذين وصفناهم فى كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاع فيحرم على الرجل أم زوجته وبنتها من زوج آخر من الرضاع كما فى النسب الا ان الام تحرم بنفس العقد على البنت اذا كان صحيحا والبنت لا تحرم الا بالدخول بالام كما فى النسب وكذا جدات زوجته من أبيها وأمها وان علون أو بنات بناتها او بنات أبنائها وان سفلن من الرضاع كما فى النسب وكذا تحرم حليلة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وان سفل على أب الرضاع وأب أبيه وان علا كما فى النسب وتحرم منكوحة أب الرضاع وأب أبيه وان علا على ابن الرضاع وابن ابنه وان سفل كما فى النسب وكذا يحرم بالوطء أم الموطوءة وبنتها من الرضاع على الواطئ وكذا جداتها وبنات بناتها كما فى النسب وتحرم الموطوءة على أب الواطئ وابنه من الرضاع وكذا على أجداده وان علوا وعلى أبناء أبنائه وان سفلوا كما فى النسب سواء كان الوطء حلالا بان كان بملك اليمين أو الوطء بنكاح فاسد أو شبهة نكاح أو كان بزنا عندنا وعند الشافعى الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة فلا يوجب حرمة الرضاع والمسئلة قد مرت فى كتاب النكاح ثم قول النبى صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب يجرى على عمومه الا فى مسئلتين احداهما انه لا يجوز للرجل ان يتزوج باخت ابنه من النسب لامه وهو ان يكون لابنه أخت لام من النسب من زوج آخر كان لها ويجوز له أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع وهو ان يكون لابنه من الرضاع أخت من النسب لم ترضعها امرأته لان المانع من الجواز فى النسب كون أم الاخت موطوءة الزوج لان أمها اذا كانت موطوءة كانت هى بنت الموطوءة وانها حرام وهذا لم يوجد فى الرضاع ولو وجد لا يجوز كما لا يجوز فى النسب والثانية انه لا يجوز للرجل ان يتزوج أم أخته من النسب لابيه وهو ان يكون له أخت من أبيه من النسب لا من أمه لا يجوز له ان يتزوج أم هذه الاخت ويجوز له أن يتزوج أم أخته من الرضاع وهو ان يكون له أخت من الرضاعة فيتزوج أمها من النسب لان المانع فى النسب كون المتزوجة موطوءة أبيه وهذا لم يوجد فى الرضاع حتى لو وجد لا يجوز كما فى النسب ويجوز للرجل ان يتزوج أخت أخيه لابيه من النسب وصورته

منكوحة أبيه اذا ولدت ابنا ولها بنت من زوج آخر فهي أخت أخيه لابيه فيجوز له أن يتزوجها وكذا يجوز للرجل أن يتزوج أخت أخته من الرضاع وهذا ظاهر ويجوز لزوج المرضعة أن يتزوج أم المرضع من النسب لان المرضع ابنه ويجوز للانسان أن يتزوج أم ابنه من النسب وكذا أب المرضع من النسب يجوز له أن يتزوج المرضعة لانها أم ابنه من الرضاع فهي كام ابنه من النسب وكذا يجوز له أن يتزوج بمحارم أبي الصبي من الرضاعة أو النسب كما يجوز له أن يتزوج بامه والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الرضاع المحرم فالرضاع المحرم ما يكون في حال الصغر فاما ما يكون في حال الكبر فلا يحرم عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم الا ماروي عن عائشة رضي الله عنها انه يحرم في الصغر والكبر جميعا واحتجت بظاهر قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة من غير فصل بين حال الصغر والكبر وروي ان أباحذيفة تبنى سالما وكان يدخل على امرأته سهلة بنت سهيل فلما نزلت آية الحجاب أتت سهلة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يارسول الله قد كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل علي وليس لنا الا بيت واحد فماذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضعيه عشر رضعات ثم يدخل عليك وكان سالم كبيرا فدل ان الرضاع في حال الصغر والكبر محرم وقد عملت عائشة رضي الله عنها بهذا الحديث بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم حتى روي عنها انها كانت اذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم بنت أبي بكر رضي الله عنها وبنات أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ان يرضعنه فدل عملها بالحديث بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم على انه غير منسوخ ولنا ماروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل يوما على عائشة رضي الله عنها فوجد عندها رجلا فتغير وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من هذا الرجل فقالت عائشة هذا عمي من الرضاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظرن ما اخواتكم من الرضاعة انما الرضاعة من المجاعة أشار صلى الله عليه وسلم الى ان الرضاع في الصغر هو المحرم اذ هو الذي يدفع الجوع فاما جوع الكبير فلا يندفع بالرضاع وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الرضاع ما أنبت اللحم وأنشر العظم وذلك هو رضاع الصغير دون الكبير لان ارضاعه لا ينبت اللحم ولا ينشر العظم وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرضاع ما فتق الامعاء ورضاع الصغير هو الذي يفتق الامعاء لا رضاع الكبير لان امعاء الصغير تكون ضيقة لا يفتقها الا اللبن لكونه من ألطف الاغذية كما وصفه الله تعالى في كتابه الكريم بقوله عز وجل لبنا خالصا سائغا للشاربين فاما أمعاء الكبير فمنفتقة لا تحتاج الى الفتق باللبن وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع بعد فصال وروي ان رجلا من أهل البادية ولدت امرأته ولدا فمات ولدها فورم ثدي المرأة فجعل الرجل يمصه ويمجه فدخلت جرعة منه حلقه فسأل عنه أباموسى الاشعري رضي الله عنه قال قد حرمت عليك ثم جاء الى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فسأله فقال هل سألت أحدا فقال نعم سألت أباموسى الاشعري فقال حرمت عليك فجاء ابن مسعود أباموسى الاشعري رضي الله عنهما فقال له أما علمت انه انما يحرم من الرضاع ما أنبت اللحم فقال أبوموسى لا تسألوني عن شيء مادام هذا الحبر بين أظهركم وعن عبد الله بن عمر أن رجلا جاء الى عمر رضي الله عنه فقال كانت لي وليدة أطؤها فعمدت امرأتي اليها فارضعتها فدخلت عليها فقالت دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر رضي الله عنه واقعها فهي جاريتك فانما الرضاعة عند الصغر وبهذا تبين ان ليس المراد من الآية الكريمة رضاع الكبير لان النبي صلى الله عليه وسلم فسر الرضاع المحرم بكونه دافعا للجوع منبتا للحم منشرا للعظم فاتقا للامعاء وهذا وصف رضاع الصغير لا الكبير فصارت السنة مبينة لما في الكتاب أصله وأما حديث سالم فالجواب عن التعلق به من وجهين أحدهما يحتمل انه كان مخصوصا بذلك يدل عليه ماروي ان سائر أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أبين أن يدخل عليهن بالرضاع في حال الكبر أحد من الرجال وقلن ما نرى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهلة بنت سهيل الا رخصة في سالم وحده

فهذا يدل على ان سالما كان مخصوصا بذلك وما كان من خصوصية بعض الناس لمعنى لا نعقله لا يحتمل القياس ولا نترك به الاصل المقرر في الشرع والثاني ان رضاع الكبير كان محرما ثم صار منسوخا بما روينا من الاخبار وأما عمل عائشة رضي الله عنها فقد روي عنها ما يدل على رجوعها فانه روي عنها انها قالت لا يحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم والدم وروي انها كانت تأمر بنت أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر رضي الله عنهم ان ترضع الصبيان حتى يدخلوا عليها اذا صاروا رجالا على ان عملها معارض بعمل سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم فانهن كن لا يرين أن يدخلن عليهن بتلك الرضاعة أحد من الرجال والمعارض لا يكون حجة واذا ثبت ان رضاع الكبير لا يحرم ورضاع الصغير محرم فلا بد من بيان الحد الفاصل بين الصغير والكبير في حكم الرضاع وهو بيان مدة الرضاع المحرم وقد اختلف فيه قال أبو حنيفة ثلاثون شهرا ولا يحرم بعد ذلك سواء فطم أو لم يفطم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى حولان لا يحرم بعد ذلك فطم أو لم يفطم وهو قول الشافعي وقال زفر ثلاثة أحوال وقال بعضهم خمس عشرة سنة وقال بعضهم أربعون سنة احتج أبو يوسف ومحمد بقوله والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة جعل الله تعالى الحولين الكاملين تمام مدة الرضاع وليس وراء التمام شيء وبقوله تعالى وفصاله في عامين وقوله عز وجل وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وأقل مدة الحمل ستة أشهر فبقي مدة الفصال حولين وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع بعد الحولين وهذا نص في الباب ولابي حنيفة قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة أثبت الحرمة بالرضاع مطلقا عن التعرض لزمان الارضاع الا انه قام الدليل على ان زمان ما بعد الثلاثين شهرا ليس بمراد فيعمل باطلاقه فيما وراءه وقوله تعالى فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور والاستدلال به من وجهين أحدهما انه أثبت لهما ارادة الفصال بعد الحولين لان الفاء للتعقيب فيقتضي بقاء الرضاع بعد الحولين ليتحقق الفصال بعدهما والثاني انه أثبت لهما ارادة الفصال مطلقا عن الوقت ولا يكون الفصال الا عن الرضاع فدل على بقاء حكم الرضاع في مطلق الوقت الى ان يقوم الدليل على التقييد وقوله تعالى وان أردتم ان تسترضعوا أولادكم أثبت لهما ارادة الاسترضاع مطلقا عن الوقت فمن ادعى التقييد بالحولين فعليه الدليل ولان الارضاع انما يوجب الحرمة لكونه منبتا للحم منشرا للعظم على ما نطق به الحديث ومن المحال عادة ان يكون منبتا للحم الى الحولين ثم لا ينبت بعد الحولين بساعة لطيفة لان الله تعالى ما أجرى العادة بتغير الغذاء الا بعد مدة معتبرة ولان المرأة قد تلد في البرد الشديد والحر الشديد فاذا تم على الصبي سنتان لا يجوز ان تؤمر المرأة بفطامه لانه يخاف منه الهلاك على الولد اذ لو لم يعود بغيره من الطعام فلا بد وان تؤمر بالرضاع ويحال أن تؤمر بالرضاع ويحرم عليها الرضاع في وقت واحد فدل ان الرضاع بعد الحولين يكون رضاعا الا أن أبا حنيفة استحسن في تقديره مدة ابقاء حكم الرضاع بعد الحولين بستة أشهر لانه أقل مدة تغير الولد فان الولد يبقى في بطن أمه ستة أشهر يتغذى بغذائها ثم ينفصل فيصير أصلا في الغذاء وزفر اعتبر بعد الحولين سنة كاملة فقال لما ثبت حكم الرضاع في ابتداء السنة الثالثة لما قاله أبو حنيفة يثبت في بقيتها كالسنة الاولى والثانية وأما الآية الاولى ففيها ان الحولين مدة الرضاع في حق من أراد تمام الرضاعة وهذا لا ينفي أن يكون الزائد على الحولين مدة الرضاع في حق من لم يرد أن يتم الرضاعة مع ما أن ذكر الشيء بالتمام لا يمنع من احتمال الزيادة عليه ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم من أدرك عرفة فقد تم حجه وهذا لا يمنع زيادة الفرض عليه فان طواف الزيارة من فروض الحج على أن في الآية الكريمة ان الحولين تمام مدة الرضاع لكنها تمام مدة الرضاع في حق الحرمة أو في حق وجوب أجر الرضاع على الاب فالنص لا يتعرض له وعندهما تمام مدة الرضاع في حق وجوب الاجر على الاب حتى ان الام المطلقة اذا طلبت الاجر بعد الحولين ولا ترضع بلا أجر لم يجبر الاب على أجر الرضاع فيما زاد على الحولين أو تحمل الآية على هذا

توفيقا بين الدلائل لان دلائل الله عز وجل لا تتناقض وأما الآية الثانية فالفصال في عامين لا ينفي الفصال في أكثر من عامين كما لا ينفيه في أقل من عامين عن تراض منهما وتشاور فكان هذا استدلالا بالمسكوت كقوله عز وجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الآية أنه لا يمنع جواز الكتابة اذا لم يعلم فيهم خيرا وأما الآية الثالثة فتحتمل ماذكرتم ان المراد من الحمل هو الحمل بالبطن والفصال هو الفطام فيقتضي أن تكون مدة الرضاع سنتين ومدة الحمل ستة أشهر كما روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وتحتمل أن يكون المراد من الحمل الحمل باليد والحجر فيقتضي أن يكون الثلاثون مدة الحمل والفصال جميعا لانه يحمل باليد والحجر في هذه المدة غالبا الا أن يكون بعض هذه المدة مدة الحمل وبعضها مدة الفصال لان اضافة السنتين الى الوقت لا تقتضي قسمة الوقت عليهما بل تقتضي أن يكون جميع ذلك الوقت مدة لكل واحد منهما كقول القائل صومك وزكاتك في شهر رمضان هذا لا يقتضي قسمة الشهر عليهما بل يقتضي كون الشهر كله وقتا لكل واحد منهما فيقتضي أن يكون الثلاثون شهرا مدة الرضاع كما هو مذهب أبي حنيفة فلا يكون حجة مع الاحتمال على أنه ان وقع التعارض بين الآيات ظاهرا لكن ما تلونا حاظر وما تلوتم مبيح والعمل بالحاظر أولى احتياطا وأما الحديث فالمشهور لا رضاع بعد فصال ونحن نقول بموجبه فجائز أن يكون أصل الحديث هذا وأن من ذكر الحولين حمله على المعنى عنده ولو ثبت هذا اللفظ فيحتمل أن يكون معناه الا رضاع على الاب بعد الحولين أي في حق وجوب الاجر عليه على ماذكرنا من تأويل الاية أو يحمل على هذا اعمالا بالدلائل كلها والله الموفق ثم الرضاع يحرم في المدة على اختلافهم فيها سواء فطم في المدة أو لم يفطم هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا حتى لو فصل الرضيع في مدة الرضاع ثم سقي بعد ذلك في المدة كان ذلك رضاعا محرما ولا يعتبر الفطام وانما يعتبر الوقت فيحرم عند أبي حنيفة ما كان في السنتين ونصف وعندهما ما كان في السنتين لان الرضاع في وقته عرف محرما في الشرع لما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين ما اذا فطم أو لم يفطم وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال اذا فطم في السنتين حتى استغنى بالفطام ثم ارتضع بعد ذلك في السنتين أو الثلاثين شهرا لم يكن ذلك رضاعا لانه لا رضاع بعد الفطام وان هي فطمته فأكل أكلا ضعيفا لا يستغنى به عن الرضاع ثم عاد فأرضع كما يرضع أولا في الثلاثين شهرا فهو رضاع محرم كما يحرم رضاع الصغير الذي لم يفطم ويحتمل أن تكون رواية الحسن تفسير الظاهر قول أصحابنا وهو وان الرضاع في المدة بعد الفطام انما يكون رضاعا محرما اذا لم يكن الفطام تاما بأن كان لا يستغنى بالطعام عن الرضاع فان استغنى لا يحرم بالاجماع ويحمل قول النبي صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد الفصال على الفصال المتعارف المعتاد وهو الفصال التام المغني عن الرضاع ويستوي في الرضاع المحرم قليله وكثيره عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وروى عن عبد الله بن الزبير وعائشة رضي الله عنهما ان قليل الرضاع لا يحرم وبه أخذ الشافعي فقال لا يحرم الا خمس رضعات متفرقات واحتج بما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان فيما نزل عشر رضعات يحرم ثم صرن الى خمس فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهو فيما يقرأ وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان ولان الحرمة بالرضاع لكونه منبتا للحم ومنشرا للعظم وهذا المعنى لا يحصل بالقليل منه فلا يكون القليل محرما ولنا قوله عز وجل وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة مطلقا عن القدر وروى عن علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا قليل الرضاع وكثيره سواء وروى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال الرضعة الواحدة تحرم وروى أنه لما بلغه أن عبد الله بن الزبير يقول لا تحرم الرضعة والرضعتان فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير وتلى قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وروى أنه لما بلغه أن عائشة رضي الله عنها تقول لا تحرم المصة والمصتان فقال حكم الله تعالى أولى وخير من حكمها وأما حديث عائشة رضي الله عنها فقد قيل انه لم يثبت عنها وهو الظاهر فانه روى أنها قالت توفي النبي صلى الله عليه وسلم وهو مما يتلى في القرآن فما الذي نسخه ولا نسخ بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم ولا

يحتمل أن يقال ضاع شيء من القرآن ولهذا ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء ان هذا حديث منكر وانه من صيارفة الحديث ولئن ثبت فيحتمل أنه كان في رضاع الكبير فنسخ العدد بنسخ رضاع الكبير وأما حديث المصة والمصتين فقد ذكر الطحاوي أن في اسناده اضطرابا لان مداره على عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها وروى أنه سئل عروة عن الرضاعة فقال ما كان في الحولين وان كان قطرة واحدة يحرم والراوي اذا عمل بخلاف ما روى أوجب ذلك وهنا في ثبوت الحديث لانه لو ثبت عنده لعمل به على أنه ان ثبت فيحتمل ان الحرمة لم تثبت لعدم القدر المحرم ويحتمل أنها لم تثبت لانه لا يعلم ان اللبن وصل الى جوف الصبي أم لا وما لم يصل لا يحرم فلا يثبت لعدم القدر المحترم ولا تثبت الحرمة بهذا الحديث بالاحتمال ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما اذا عق الصبي فقد حرم حين سئل عن الرضعة الواحدة هل تحرم لان العق اسم لما يخرج من بطن الصبي حين يولد أسود لزج اذا وصل اللبن الى جوفه يقال هل عققتم صبيكم أي هل سقيتموه عسلا ليسقط عنه عقيه انما ذكر ذلك ليعلم أن اللبن قد صار في جوفه لانه لا يعق من ذلك اللبن حتى يصير في جوفه ويحتمل أنه كان ذلك في ارضاع الكبير حين كان محرما ثم نسخ وأما قوله ان الرضاع انما يحرم لكونه منبتا للحم منشرا للعظم فنقول القليل ينبت وينشر بقدره فوجب أن يحرم بأصله وقدره على أن هذه الاحاديث ان ثبتت فهي مبيحة وما تلونا محرم والمحرم يقضي على المبيح احتياطا لان الجرعة الكثيرة عنده لا تحرم ومعلوم ان الجرعة الواحدة الكثيرة في اثبات اللحم وانشار العظم فوق خمس رضعات صغار فدل أنه لا مدار على هذا وكذا يستوي فيه لبن الحية والميتة بأن حلب لبنها بعد موتها في قدح فأوجر به صبي يحرم عندنا وقال الشافعي لبن الميتة لا يحرم ولا خلاف في أنه اذا حلب لبنها في حال حياتها في اناء فأوجر به الصبي بعد موتها أنه يثبت به الحرمة (وجه) قوله ان حكم الرضاع هو الحرمة والمرأة بالموت خرجت من أن تكون محلا لهذا الحكم ولهذا لم تثبت حرمة المصاهرة بوطئها عندكم فصار لبنها كلبن البهائم ولو ارتضع صغيران من لبن بهيمة لا تثبت حرمة الرضاع بينهما كذا هذا واذا لم تثبت الحرمة في حقها لا تثبت في حق غيرها لان المرضعة أصل في هذا الحكم فأولا يثبت في حقها ثم يتعدى الى غيرها فاذا لم يثبت في حقها فكيف يتعدى الى غيرها بخلاف ما اذا حلب حال حياتها ثم أوجر الصبي بعد وفاتها لانها كانت محلا قابلا للحكم وقت انفصال اللبن منها فلا يبطل بموتها بعد ذلك وههنا بخلافه ولان اللبن قد ينجس بموتها لتنجس وعائه وهو الثدي فاشبه البول والدم ولنا الحديث المشهور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واسم الرضاع لا يقف على الارتضاع من الثدي فان العرب تقول يتيم راضع وان كان يرضع بلبن الشاة والبقر ولا على فعل الارتضاع منها بدليل انه لو ارتضع الصبي منها وهي نائمة يسمى ذلك رضاعا حتى يحرم ويقال أيضا أرضع هذا الصبي بلبن هذه الميتة كما يقال أرضع بلبن الحية وقوله صلى الله عليه وسلم الرضاع من المجاعة وقوله الرضاع ما انبت اللحم وأنشر العظم وقوله صلى الله عليه وسلم الرضاع ما فتق الامعاء ولبن الميتة يدفع الجوع وينبت اللحم وينشر العظم ويفتق الامعاء فيوجب الحرمة ولان اللبن كان محرما في حال الحياة والعارض هو الموت واللبن لا يموت كالبيضة كذا روي عن عمر رضي الله عنه انه قال اللبن لا يموت ولان الموت يحل محل الحياة ولا حياة في اللبن الا ترى انها لم تتألم بأخذه في حال حياتها والحيوان يتألم بأخذ ما فيه حياة من لحمه وسائر اعضائه واذا لم يكن فيه حياة كان حاله بعد موت المرأة كحاله قبل موتها وقبل موتها محرم كذا بعده وأما قوله المرأة بالموت خرجت من أن تكون محلا للحرمة وهي الاصل في هذه الحرمة فنقول الحرمة في حال الحياة ما ثبتت باعتبار الاصالة والتبعية بل باعتبار انبات اللحم وانشار العظم وقد بقي هذا المعنى بعد الموت فتبقى الحرمة بخلاف حرمة المصاهرة لانها تثبت لدفع فساد قطيعة الرحم أو باعتبار الجزئية والبعضية لكون الوطء سببا لحصول الولد وكل واحد من المعنيين لا يتقدر بعد الموت لذلك افترقا وقوله اللبن ينجس بالموت ممنوع وهذا شيء بناه على أصله فأما على أصل أصحابنا فاللبن لا ينجس بالموت بل هو طاهر بعد الموت وان تنجس الوعاء

الاصلى

الاصلى لهو نجاسة الظرف انما توجب نجاسة المظروف اذا لم يكن الظرف معدنا للمظروف وموضعا له فى الاصل فاما اذا كان فى الاصل موضعه ومظانه فنجاسته لا توجب نجاسة المظروف ألا ترى ان الدم الذى يجرى بين اللحم والجلد فى المذكاة لا ينجس اللحم لما كان فى معدنه ومظانه فكذلك اللبن والدليل عليه انه لو حلب لبنها فى حال حياتها فى وعاء نجس فأوجر به الصبى يحرم ولا فرق بين الوعاءين اذ النجس فى الحالين مايجاور اللبن لا عينه ثم نجاسة الوعاء الذى ليس بمعدن اللبن لما لم يمنع وقوع التحريم فما هو معدن له أولى و يستوى فى تحريم الرضاع الارتضاع من الثدى والاسعاط والايجار لان المؤثر فى التحريم مما هو معدن له أولى و يستوى فى تحريم الرضاع الارتضاع من الثدى والاسعاط والايجار لان المؤثر فى التحريم هو حصول الغذاء باللبن وانبات اللحم وانشار العظم وسد المجاعة لان يتحقق الجزئية وذلك يحصل بالاسعاط والايجار لان السعوط يصل الى الدماغ والى الحلق فيغذى و يسد الجوع والوجور يصل الى الجوف فيغذى وأما الاقطار فى الاذن فلا يحرم لانه لا يعلم وصوله الى الدماغ لضيق الخرق فى الاذن وكذلك الاقطار فى الاحليل لانه لا يصل الى الجوف فضلا عن الوصول الى المعدة وكذلك الاقطار فى العين والقبل لما قلنا وكذلك الاقطار فى الجائفة وفى الآمة لان الجائفة تصل الى الجوف لا الى المعدة والآمة ان كان يصل الى المعدة لكن ما يصل اليها من الجراحة لا يحصل به الغذاء فلا تثبت به الحرمة والحقنة لا تحرم بان حقن الصبى باللبن فى الرواية المشهورة وروى عن محمد انها تحرم وجه هذه الرواية انها وصلت الى الجوف حتى أوجبت فساد الصوم فصار كما لو وصل من الفم وجه ظاهر الرواية أن المعتبر فى هذه الحرمة هو معنى التغذى والحقنة لا تصل الى موضع الغذاء لان موضع الغذاء هو المعدة والحقنة لا تصل اليها فلا يحصل بها انبات اللحم ونشور العظم واندفاع الجوع فلا توجب الحرمة ولو جعل اللبن مخيضا أو رائبا أو شيرازا أو جبنا أو أقطا أو مصلا فتناوله الصبى لا يثبت به الحرمة لان اسم الرضاع لا يقع عليه وكذا لا ينبت اللحم ولا ينشر العظم ولا يكتفى به الصبى فى الاغتذاء فلا يحرم ولو اختلط اللبن بغيره فهذا على وجوه اما ان اختلط بالطعام أو بالدواء أو بالماء أو بلبن البهائم أو بلبن امرأة أخرى فان اختلط بالطعام فان مسته النار حتى نضج لم يحرم فى قولهم جميعا لانه تغير عن طبعه بالطبخ وان لم تمسه النار فان كان الغالب هو الطعام لم تثبت الحرمة لان الطعام اذا غلب سلب قوة اللبن وأزال معناه وهو التغذى فلا يثبت به الحرمة وان كان اللبن غالبا للطعام وهو طعام يستبين لا يثبت به الحرمة فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يثبت وجه قولهما ان اعتبار الغالب والحاق المغلوب بالعدم أصل فى الشرع فيجب اعتباره ما أمكن كما اذا اختلط بالماء أو بلبن شاة ولابى حنيفة ان الطعام وان كان أقل من اللبن فانه يسلب قوة اللبن لانه يرق و يضعف بحيث يظهر ذلك فى حس البصر فلا تقع الكفاية به فى تغذية الصبى فكان اللبن مغلوبا معنى وان كان غالبا صورة وان اختلط بالدواء أو بالدهن أو بالنبيذ يعتبر فيه الغالب فان كان اللبن غالبا يحرم لان هذه الاشياء لا تحل بصفة اللبن وصيرورته غذاء بل بقدر ذلك لانها انما تخلط باللبن ليوصل اللبن الى ما كان لا يصل اليه بنفسه لاختصاصها بقوة التنفيذ ثم اللبن بانفراده يحرم فمع هذه الاشياء أولى وان كان الدواء هو الغالب لا تثبت به الحرمة لان اللبن اذا صار مغلوبا صار مستهلكا فلا يقع به التغذى فلا تثبت به الحرمة وكذا اذا اختلط بالماء يعتبر فيه الغالب أيضا فان كان اللبن غالبا يثبت به الحرمة وان كان الماء غالبا لا يثبت به وهذا عندنا وعند الشافعى اذا قطر من الثدى مقدار خمس رضعات فى حب ماء فسقى منه الصبى تثبت به الحرمة وجه قوله أن اللبن وصل الى جوف الصبى بقدره فى وقته فتثبت الحرمة كما اذا كان اللبن غالبا ولا شك فى وقت الرضاع والدليل على ان القدر المحرم من اللبن وصل الى جوف الصبى ان اللبن وان كان مغلوبا فهو موجود شائع فى أجزاء الماء وان كان لا يرى فيوجب الحرمة ولنا ان الشرع علق الحرمة فى باب الرضاع بمعنى التغذى على ما نطقت به الاحاديث واللبن المغلوب بالماء لا يغذى الصبى لزوال قوته ألا ترى انه لا يقع الاكتفاء به فى تغذية الصبى فلم يكن محرما وقد

خرج الجواب عما ذكره المخالف وذكر الجصاص ان جواب الكتاب ينبغي أن يكون قولهما فاما على قول أبي حنيفة ينبغي ان لا يحرم وان كان اللبن غالبا وقاس الماء على الطعام وجمع بينهما من حيث ان اختلاطه بالماء يسلب قوته وان كان الماء قليلا كاختلاطه بالطعام القليل وفي ظاهر الرواية أطلق الجواب ولم يذكر الخلاف ولو اختلط بلبن البهائم كلبن الشاة وغيره يعتبر فيه الغالب أيضاً لما ذكرنا ولو اختلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى فالحكم للغالب منهما في قول أبي يوسف وروى عن أبي حنيفة كذلك وعند محمد يثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر وجه قول محمد ان اللبنين من جنس واحد والجنس لا يغلب الجنس فلا يكون خلط الجنس بالجنس استهلاكا فلا يصير القليل مستهلكا في الكثير فيغذي الصبي كل واحد منهما بقدره بانبات اللحم وانشار العظم أو سد الجوع لان أحدهما لا يسلب قوة الآخر والدليل على ان خلط الجنس بالجنس لا يكون استهلاكا انه لو ان من غصب من آخر زيتا فخلطه بزيت آخر اشتركا فيه في قولهم جميعاً ولو خلطه بشيرج أو بدهن آخر من غير جنسه يعتبر الغالب فان كان الغالب هو المغصوب كان لصاحبه أن يأخذه ويعطيه قسط ما اختلط بزيته وان كان الغالب غير المغصوب صار المغصوب مستهلكا فيه ولم يكن له أن يشاركه فيه ولكن الغاصب يغرم له مثل ما غصبه فدل ذلك على اختلاف حكم الجنس الواحد والجنسين وأبو يوسف اعتبر هذا النوع من الاختلاط باختلاط اللبن بالماء وهناك الحكم للغالب كذا ههنا ولمحمد ان يفرق بين الفصلين فان اختلاط اللبن بما هو من جنسه لا يوجب الاخلال بمعنى التغذي من كل واحد منهما بقدره لان أحدهما لا يسلب قوة الآخر وليس كذلك اختلاط اللبن بالماء واللبن مغلوب لان الماء يسلب قوة اللبن أو يخل به فلا يحصل التغذي أو يختل والله عز وجل أعلم ولو طلق الرجل امرأته ولها لبن من ولد كانت ولدته منه فانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر وهي كذلك فارضعت صبيا عند الثاني ينظر ان أرضعت قبل ان تحمل من الثاني فالرضاع من الاول بالاجماع لان اللبن نزل من الاول فلا يرتفع حكمه بارتفاع النكاح كما لا يرتفع بالموت وكما لو حلب منها لبن ثم ماتت لا يبطل حكم الرضاع من لبنها كذا هذا وان أرضعت بعدما وضعت من الثاني فالرضاع من الثاني بالاجماع لان اللبن منه ظاهرا وان أرضعت بعدما حملت من الثاني قبل أن تضع فالرضاع من الاول الى أن تضع في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ان علم أن هذا اللبن من الثاني بان ازداد لبنها فالرضاع من الثاني وان لم يعلم فالرضاع من الاول وروى الحسن بن زياد عنه أنها اذا حبلت فاللبن للثاني وقال محمد وزفر الرضاع منهما جميعا الى أن تلد فاذا ولدت فهو من الثاني وجه قول محمد أن اللبن الاول باق والحمل سبب لحدوث زيادة لبن فيجتمع لبنان في ثدي واحد فتثبت الحرمة بهما كما قال في اختلاط أحد اللبنين بالآخر بخلاف ما اذا وضعت لان اللبن الاول ينقطع بالوضع ظاهرا وغالبا فكان اللبن من الثاني فكان الرضاع منه وجه قول أبي يوسف أن الحامل قد ينزل لها لبن فلما ازداد لبنها عند الحمل من الثاني دل أن الزيادة من الحمل الثاني اذ لو لم يكن لكان لا يزداد بل ينقص اذ العادة أن اللبن ينقص بمضي الزمان ولا يزداد فكانت الزيادة دليلا على أنها من الحمل الثاني لا من الاول وجه رواية الحسن عنه ان العادة ان بالحمل ينقطع اللبن الاول ويحدث عنده لبن آخر فكان الموجود عند الحمل الثاني من الحمل الثاني لا من الاول فكان الرضاع منه لا من الاول ولابي حنيفة أن نزول اللبن من الاول ثبت بيقين لان الولادة سبب لنزول اللبن بيقين عادة فكان حكم الاول ثابتا بيقين فلا يبطل حكمه ما لم يوجد سبب آخر مثله بيقين وهو ولادة أخرى لا الحمل لان الحامل قد ينزل لها لبن بسبب الحمل وقد لا ينزل حتى تضع والثابت بيقين لا يزول بالشك وأما قول أبي يوسف لما ازداد اللبن دل على حدوث اللبن من الثاني فممنوع أن زيادة اللبن تدل على حدوث اللبن من الحمل فان لزيادة اللبن أسبابا من زيادة الغذاء وجودته وصحة البدن واعتدال الطبيعة وغير ذلك فلا يدل الحمل على حدوث الزيادة بالشك فلا ينقطع الحكم عن الاول بالشك. وقد خرج الجواب عما قاله محمد والله الموفق للصواب ويستوي في تحريم الرضاع الرضاع المقارن للنكاح والطارئ عليه لان دلائل التحريم لا توجب الفصل بينهما وبيان هذا الاصل في

مسائل

مسائل اذا تزوج صغيرة فارضعتها أمه من النسب أو من الرضاع حرمت عليه لانها صارت أخته من الرضاع فتحرم
عليه كما في النسب وكذا اذا أرضعتها أخته أو بنته من النسب أو من الرضاع لانها صارت بنت أخته أو بنت بنته
من الرضاعة وأنها تحرم من الرضاع كما تحرم من النسب ولو تزوج صغيرتين رضيعتين فجاءت امرأة أجنبية فارضعتهما
معا أو على التعاقب حرمتا عليه لانهما صارتا أختين من الرضاعة فيحرم الجمع بينهما في حالة البقاء كما يحرم في حالة الابتداء
كما في النسب ويجوز أن يتزوج احداهما أيتهما شاء لان المحرم هو الجمع كما في النسب فان كن ثلاثا فارضعتهن جميعا معا
حرمن عليه لانهن صرن أخوات من الرضاعة فيحرم الجمع بينهن وله أن يتزوج واحدة منهن أيتهن شاء لما قلنا وان
أرضعتهن على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمت عليه الاولتان وكانت الثالثة زوجته لانها لما أرضعت الاولى ثم
الثانية صارتا أختين فبانتا منه فاذا أرضعت الثالثة فقد صارت أختا لهما لكنهما أجنبيتين فلم يتحقق الجمع فلا تبين
منه وكذا اذا أرضعت البنتين معا ثم الثالثة حرمتا والثالثة امرأته لما قلنا ولو أرضعت الاولى ثم الثنتين معا حرمن
جميعا لان الاولى لم تحرم بهذا الارضاع لعدم الجمع فاذا أرضعت الاخرتين معا صرن أخوات في حالة واحدة فيفسد
نكاحهن ولو كن أربع صبيات فارضعتهن على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمن جميعا لانها لما أرضعت الثانية فقد
صارت أختا للاولى فحصل الجمع بين الاختين من الرضاعة فبانتا ولما أرضعت الرابعة فقد صارت أختا للثالثة فحصل
الجمع فبانتا وحكم المهر والرجوع في هذه المسائل نذكره في المسئلة التي تليها وهي ما اذا تزوج صغيرة وكبيرة فارضعت
الكبيرة الصغيرة أما حكم النكاح فقد حرمتا عليه لان الصغيرة صارت بنتا لها والجمع بين الام والبنت من الرضاع نكاحا
حرام كما يحرم من النسب ثم ان كان ذلك بعد ما دخل بالكبيرة لا يجوز له أن يتزوج واحدة منهما أبدا كما في النسب
وان كان قبل أن يدخل بالكبيرة جاز له أن يتزوج الصغيرة لانها ربيبته من الرضاع لم يدخل بامها فلا يحرم عليه نكاحها
كما في النسب لا يجوز له أن يتزوج الكبيرة أبدا لانها أم منكوحته من الرضاع فتحرم بمجرد نكاح البنت دخل بها أو لم
يدخل بها كما في النسب وأما حكم المهر فاما الكبيرة فان كان قد دخل بها فلها جميع مهرها سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد
لان المهر قد تأكد بالدخول فلا يحتمل السقوط بعد ذلك فلها مهرها ولها السكنى ولا نفقة لها لان السكنى حق الله
تعالى فلا تسقط بفعلها والنفقة تجب حقا لها بطريق الصلة وبالارضاع خرجت عن استحقاق الصلة فان كان لم يدخل
بها سقط مهرها فلا مهر لها ولا سكنى ولا نفقة سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان الاصل أن الفرقة الحاصلة قبل
الدخول توجب سقوط كل المهر لان المبدل يعود سليما الى المرأة وسلامة المبدل لاحد المتعاقدين يوجب سلامة
البدل للآخر لئلا يجتمع المبدل والبدل في ملك واحد في عقد المبادلة كان ينبغي أن لا يجب على الزوج شيء سواء كانت
الفرقة بغير طلاق أو بطلاق الا أن الشرع أوجب عليه في الطلاق قبل الدخول مالا مقدرا بنصف المهر المسمى ابتداء
بطريق المتعة صلة لها تطييبا لقلبها لما لحقها من وحشة الفراق بفوات نعمة الزوجية عنها من غير رضاها فاذا أرضعت
فقد رضيت بارتفاع النكاح فلا تستحق شيأ وأما الصغيرة فلها نصف المهر على الزوج عند عامة العلماء وقال مالك
لا شيء لها وجه قوله أن الفرقة جاءت من قبلها لوجود علة الفرقة منها وهي ارتضاعها لانه بذلك يحصل اللبن في جوفها
فينبت اللحم وينشر العظم فتحصل الجزئية التي هي المعنى المؤثر في الحرمة وانما الموجود من المرضعة التمكين من
ارتضاعها بالقامها ثديها فكانت محصلة للشرط والحكم للعلة لا للشرط فلا يجب على الزوج للصغيرة شيء ولا يجب
على الزوج للمرضعة شيء أيضا ولنا ما ذكرنا ان الفرقة من أيهما كانت توجب سقوط كل المهر لما ذكرنا وانما يجب
نصف المهر مقدرا بالمسمى ابتداء صلة للمرأة نظرا لها ولم يوجد من الصغيرة ما يوجب خروجها عن استحقاق النظر لان
فعلها لا يوصف بالحظر وليست هي من أهل الرضا لتجعل فعلها دلالة الرضا بارتفاع النكاح فلا تحرم نصف الصداق
بخلاف الكبيرة لان اقدامها على الارضاع دلالة الرضا بارتفاع النكاح وهي من أهل الرضا وارضاعها جناية فلا
تستحق النظر بايجاب نصف المهر لها ابتداء اذ الجاني لا يستحق النظر على جنايته بل يستحق الزجر وذلك بالحرمان

لئلا يفعل مثله فى المستقبل فلا يجب لماشى ءسواء تعمدت الفساد أولم تتعمد لان فعلها جناية فى الحالين ويرجع الزوج
بما أدى على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان كانت لم تتعمد لم يرجع عليها كذا ذكر المشايخ وهذا قول أبى حنيفة
وأبى يوسف وروى عن محمد أن له أن يرجع عليها سواء تعمدت الفساد أولم تتعمد وهو قول زفر و بشر المريسى
والشافعى وجه قولهم أن هذا ضمان الاتلاف وأنه لا يختلف بالعمد والخطأ والدليل على ان هذا ضمان الاتلاف ان
الفرقة حصلت من قبلها بارضاعها ولهذا لم تستحق المهر أصلا ورأسا سواء تعمدت الفساد أولم تتعمد واذا كان
حصول الفرقة من قبلها بارضاعها صارت بالارضاع مؤكدة نصف المهر على الزوج لانه كان محتملا للسقوط بردتها
أو تمكينها من ابن الزوج أو تقبيلها اذا كبرت فهى بالارضاع أكدت نصف المهر بحيث لا يحتمل السقوط فصارت
متلفة عليه ماله فتضمن وجه قول محمد أنها وان تعمدت الفساد فهى صاحبة شرط فى ثبوت الفرقة لان علة الفرقة هى
الارتضاع للصغيرة لما بينا والحكم يضاف الى العلة لا الى الشرط على أن ارضاعها ان كان سبب الفرقة فهو سبب محض
لانه طرأ عليه فعل اختيارى وهو ارتضاع الصغيرة والسبب اذا اعترض عليه فعل اختيارى يكون سببا محضا والسبب
المحض لا حكم له وان كان صاحب السبب متعمدا فى مباشرة السبب كفتح باب الاصطبل والقفص حتى خرجت
الدابة وضلت اوطار الطير وضاع ولان الضمان لو وجب عليها اما ان يجب باتلاف ملك النكاح أو باتلاف
الصداق أو بتأكيد نصفه على الزوج لا وجه للاول لان ملك النكاح غير مضمون بالاتلاف على أصلنا ولا وجه
للثانى لانها ما أتلفت الصداق بل اسقطت نصفه والنصف الباقى بقى واجبا بالنكاح السابق ولا وجه للثالث لان
التأكيد لا يماثل التفويت فلا يكون اعتداء بالمثل ولابى حنيفة وأبى يوسف أن الكبيرة وان كانت محصلة شرط
الفرقة وعلة الفرقة من الصغيرة كما ذكره محمد لكن الاصل ان الشرط مع العلة اذا اشتركا فى الحظر والاباحة أى فى
سبب المؤاخذة وعدمه فاضافة الحكم الى العلة أولى من اضافته الى الشرط فاما اذا كان الشرط محظورا والعلة غير
موصوفة بالحظر فاضافة الحكم الى الشرط أولى من اضافته الى العلة كما فى حق البئر على قارعة الطريق فالكبيرة اذا لم
تكن تعمدت الفساد فقد استوى الشرط والعلة فى عدم الحظر فكانت الفرقة مضافة الى العلة وهى ارتضاعها وان
كانت تعمدت الفساد كان الشرط محظورا وهو ارضاع الكبيرة والعلة غير موصوفة بالحظر وهى ارتضاع الصغيرة
فكان اضافة الحكم الى الشرط أولى واذا اضيفت الفرقة الى الكبيرة عند تعمدها الفساد ووجب نصف المهر
للصغيرة على الزوج ابتداء ملازما للفرقة صارت الفرقة الحاصلة منها كانها علة لوجوبه لانه بقى النصف بعد الفرقة
واجبا بالنكاح السابق لان ذلك قول بتخصيص العلة لانه قول ببقاء نصف المهر على وجود العلة المسقطة لكله وانه
باطل فصارت الكبيرة متلفة هذا القدر من المال على الزوج اذ الاداء مبنى على الوجوب فيثبت له حق الرجوع
عليها ولهذا المعنى وجب الضمان على شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا بالاجماع بخلاف ما اذا لم تتعمد الفساد
لان عند عدم التعمد لا تكون الفرقة مضافة الى فعل الكبيرة فلم يوجد منها علة وجوب نصف المهر على الزوج فلا
يرجع عليها وأما مسئلة فتح باب الاصطبل والقفص فكما يلزمهما يلزم محمدا لان عنده يضمن الفاتح وان اعترض على
الفتح فعل اختيارى فقد خرج الجواب عن الباقى فافهم ثم تعمد الفساد يثبت بثلاثة أشياء بعلمها بنكاح الصغيرة
وعلمها بفساد النكاح بارضاعها وعدم الضرورة وهى ضرورة خوف الهلاك على الصغيرة لولم ترضعها والقول قولها فى
انها لم تتعمد الفساد مع يمينها لان الزوج بدعوى تعمد الفساد يدعى عليها الضمان وهى تنكر فكان القول قولها وعلى
هذا حكم المهر والرجوع فى المسائل المتقدمة من الاتفاق والاختلاف ولو تزوج كبيرة وصغيرتين فأرضعتهما الكبيرة
فان أرضعتهما معا حرمن عليه لانهما جميعا صارتا بنتين للمرضعة فصار جامعا بينهن نكاحا فحرمن عليه ولا يجوز له
أن يتزوج الكبيرة أبدا سواء كان دخل بها أولم يدخل بها لانها أم منكوحته فتحرم بنفس العقد على البنت ولا يجوز له
أن يجمع بين الصغيرتين نكاحا أبدا لانهما صارتا أختين من الرضاع ويجوز أن يتزوج باحداهما ان كان لم يدخل

بالكبيرة

بالكبيرة لانها ربيبته من الرضاع فلا تحرم بمجرد العقد على الام كما فى النسب وان كان قد دخل بها لايجوز كما فى النسب وان أرضعتهما على التعاقب واحدة بعد أخرى فقد حرمت الكبيرة مع الصغيرة الاولى لانها لما أرضعت الاولى صارت بنتا لها فحصل الجمع بين الام والبنت فبانتا منه وأما الصغيرة الثانية فانما أرضعتها بعد ما بانت الكبيرة فلم يصر جامعا الكنها ربيبته من الرضاع فان كان قد دخل بامها تحرم عليه والا فلا ولا يجوز نكاح الكبيرة بعد ذلك ولا الجمع بين الصغيرتين لما ذكرنا ولو تزوج كبيرة وثلاث صبيات فارضعتهن على التعاقب واحدة بعد أخرى حرمن عليه جميعا لانها لما أرضعت الاولى صارت بنتا لها فحصل الجمع بين الام والبنت فحرمتا عليه ولما أرضعت الثانية فقد أرضعتها والكبيرة والصغيرة الاولى مبانتان فلا يحرم بسبب الجمع لعدم الجمع ولكن ينظر ان كان قد دخل بالكبيرة تحرم عليه للحال لانها ربيبته وقد دخل بامها وان كان لم يدخل بامها لا تحرم عليه للحال حتى ترضع الثالثة فاذا ارتضعت الثالثة حرمتا عليه لانهما صارتا أختين والحكم فى تزوج الكبيرة بعد ذلك والجمع بين صغيرتين وتزوج احدى الصغائر ما ذكرنا ولو تزوج صغيرتين وكبيرتين فعمدت الكبيرتان الى احدى الصغيرتين فارضعتاها احداهما بعد أخرى ثم أرضعتا الصغيرة الثانية واحدة بعد أخرى بانت الكبيرتان والصغيرة الاولى والصغيرة الثانية امرأته لانهما لما أرضعتا الصغيرة الاولى صارت كل واحدة من الكبيرتين أم امرأته وصارت الصغيرة بنت امرأته فصار جامعا بينهن فحرمن عليه فلما أرضعتا الثانية فقد أرضعتاها بعد ثبوت البينونة فلم يصر جامعا فلا تحرم هذه الصغيرة بسبب الجمع ولكنها ابنة منكوحة كانت له فان كان لم يدخل بها لا تحرم عليه وان كان قد دخل بها تحرم ولا يجوز له نكاح واحدة من الكبيرتين بعد ذلك بحال والامر فى جواز نكاح الصغيرة الاولى على التفصيل الذى مر ولو كانت احدى الكبيرتين أرضعت الصغيرتين واحدة بعد الاخرى ثم أرضعت الكبيرة الاخرى الصغيرتين واحدة بعد الاخرى ينظر ان كانت الكبيرة الاخيرة بدأت بالتى بدأت بها الكبيرة الاولى بانت الكبيرتان والصغيرة الاولى والصغيرة الاخرى امرأته وان كانت بدأت بالتى لم تبدأ بها الاولى حرمن عليه جميعا وانما كان كذلك لان الكبيرة الاولى لما أرضعت الصغيرة الاولى فقد صارت بنتها فحصل الجمع بين الام والبنت فحرمتا عليه فلما أرضعت الاخرى أرضعتها وهى أجنبية فلم يتحقق الجمع لكن صارت الاخرى ربيبته فان كان لم يدخل بامها لا تحرم وان كان قد دخل بها تحرم فلما جاءت الكبيرة الاخيرة فارضعت الصغيرة الاولى فقد صارت أم منكوحته فحرمت عليه فلما أرضعت الصغيرة الاخرى فقد أرضعتها وهى أجنبية فصارت ربيبته فلا تحرم اذا كان لم يدخل بامها وان كان قد دخل بامها تحرم واذا كانت الكبيرة الاخيرة بدأت بالتى لم تبدأ بها الكبيرة الاولى فقد صارت بنتا لها فصار جامعا مع أمها فحرمتا عليه كما حرمت الكبيرة الاولى مع الصغيرة الاولى فحرمن جميعا ولو كان تحته صغيرة وكبيرة فارضعت أم الكبيرة الصغيرة بانتا لانهما صارتا أختين وكذا اذا أرضعت أخت الكبيرة الصغيرة لانها صارت بنت أخت امرأته والجمع بين المرأة و بين بنت أختها لا يجوز فى الرضاع كما لا يجوز فى النسب ولو أرضعتها عمة الكبيرة أو خالتها لم تبن لانها صارت بنت عمة امرأته أو بنت خالتها ويجوز للانسان أن يجمع بين امرأة و بين بنت عمتها أو بنت خالتها فى النسب فكذا فى الرضاع ولو طلق رجل امرأته ثلاثا ثم أرضعت المطلقة قبل انقضاء عدتها امرأة له صغيرة بانت الصغيرة لانها صارت بنتا له فحصل الجمع فى حال العدة والجمع فى حال قيام العدة كالجمع فى حال قيام النكاح ولو زوج ابنه وهو صغير امرأة لها لبن فارتدت و بانت من الصبى ثم أسلمت فتزوجها رجل فحبلت منه ثم أرضعت بلبنها ذلك الصبى الذى كان زوجها حرمت على زوجها الثانى كذا روى بشر بن الوليد عن محمد لان ذلك الصبى صار ابنا لزوجها فصارت هى منكوحة ابنه من الرضاع فحرمت عليه ولو زوج رجل أم ولده مملوكا له صغيرا فارضعته بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها لان الزوج صار ابنا لزوجها فصارت هى موطوءة أبيه فتحرم عليه ولا يجوز للمولى أن يطأها بملك اليمين لانها

منكوحة ابنه ولو تزوج صغيرة فطلقها ثم تزوج كبيرة لها لبن فأرضعتها حرمت عليه لانها صارت أم منكوحة كانت له فتحرم بنكاح البنت والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يثبت به الرضاع أى يظهر به فالرضاع يظهر بأحد أمرين أحدهما الاقرار والثانى البينة أما الاقرار فهو ان يقول لامرأة تزوجها هى أختى من الرضاع أو أمى من الرضاع أو بنتى من الرضاع و يثبت على ذلك و يصبر عليه فيفرق بينهما لانه أقر ببطلان ما يملك ابطاله للحال فيصدق فيه على نفسه واذا صدق لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها فلا يكون فى ابقاء النكاح فائدة فيفرق بينهما سواء صدقته أو كذبته لان الحرمة ثابتة فى زعمه ثم ان كان قبل الدخول بها فلها نصف المهر ان كذبته لان الزوج مصدق على نفسه لا عليها بابطال حقها فى المهر وان كان بعد الدخول بها فلها كمال المهر والنفقة والسكنى لانه غير مصدق بابطال حقها فان أقر بذلك ثم قال أوهمت أو أخطأت أو غلطت أو نسيت أو كذبت فهما على النكاح ولا يفرق بينهما عندنا وقال مالك والشافعى يفرق بينهما ولا يصدق على الخطأ وغيره ووجه قولهما انه أقر بسبب الفرقة فلا يملك الرجوع كما لو أقر بالطلاق ثم رجع بان قال لامرأته كنت طلقتك ثلاثا ثم قال أوهمت والدليل عليه انه لو قال لامته هذه امرأتى أو أمى أو أختى أو ابنتى ثم قال أوهمت انه لا يصدق وتعتق كذا ههنا ولنا ان الاقرار اخبار فقوله هذه أختى اخبار منه انها لم تكن زوجته قط لكونها محرمة عليه على التأبيد فاذا قال أوهمت صار كانه قال ما تزوجتها ثم قال تزوجتها وصدقته المرأة ولو قال ذلك يقران على النكاح كذا هذا بخلاف الطلاق لان قوله كنت طلقتك ثلاثا اقرار منه بانشاء الطلاق الثلاث من جهته ولا يتحقق انشاء الطلاق الا بعد صحة النكاح فاذا أقر ثم رجع عنه لم يصدق و بخلاف قوله لامته هذه أمى أو ابنتى لان ذلك لا يقتضى نفى الملك فى الاصل ألا ترى انها لو كانت أمه أو ابنته حقيقة جاز دخولها فى ملكه حتى يقع العتق عليها من جهته فتضمن هذا اللفظ منه انشاء العتق عليها فاذا قال أوهمت لا يصدق كما لو قال هذه حرة ثم قال أوهمت وكذلك اذا أقر الزوج بهذا قبل النكاح فقال هذه أختى من الرضاع أو أمى أو بنتى وأصر على ذلك وداوم عليه لا يجوز له أن يتزوجها ولو تزوجها يفرق بينهما ولو قال أوهمت أو غلطت جاز له أن يتزوجها عندنا لما قلنا ولو جحد الاقرار فشهد شاهدان على اقراره فرق بينهما وكذلك اذا أقر بالنسب فقال هذه أمى من النسب أو بنتى أو أختى وليس لها نسب معروف وانها تصلح بنتا له أو أما له فانه يسئل مرة أخرى فان أصر على ذلك وثبت عليه يفرق بينهما لظهور النسب باقراره مع اصراره عليه وان قال أوهمت أو أخطأت أو غلطت يصدق ولا يفرق بينهما عندنا لما قلنا وان كان لها نسب معروف أو لا تصلح أما أو بنتا له لا يفرق بينهما وان دام على ذلك لانه كاذب فى اقراره بيقين والله أعلم

وأما البينة فهى ان يشهد على الرضاع رجلان أو رجل وامرأتان ولا يقبل على الرضاع أقل من ذلك ولا شهادة النساء بانفرادهن وهذا عندنا وقال الشافعى يقبل فيه شهادة أربع نسوة وجه قوله ان الشهادة على الرضاع شهادة على عورة اذ لا يمكن تحمل الشهادة الا بعد النظر الى الثدى وانه عورة فيقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالولادة ولنا ما روى محمد عن عكرمة بن خالد المخزومى عن عمر رضى الله عنه انه قال لا يقبل على الرضاع أقل من شاهدين وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم يظهر النكير من أحد فيكون اجماعا ولان هذا باب مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالمال وانما قلنا ذلك لان الرضاع مما يطلع عليه الرجال أما ثدى الامة فلانه يجوز للاجانب النظر اليه وأما ثدى الحرة فيجوز لمحارمها النظر اليه فثبت ان هذه شهادة مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد لان قبول شهادتهن بانفرادهن فى أصول الشرع للضرورة وهى ضرورة عدم اطلاع الرجال على المشهود به فاذا جاز الاطلاع عليه فى الجملة لم تتحقق الضرورة بخلاف الولادة فانه لا يجوز لاحد فيها من الرجال الاطلاع عليها فدعت الضرورة الى القبول واذا شهدت امرأة على الرضاع فالافضل للزوج ان يفارقها لما روى عن محمد ان عقبة ابن الحرث قال تزوجت بنت أبى اهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت انى أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله صلى

الله

الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم فارقها فقلت انها امرأة سوداء وانها كيت وكيت فقال صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل وفى بعض الروايات قال عقبة فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعرض ثم ذكرته فأعرض حتى قال فى الثالثة أو الرابعة فدعها اذاً وقوله فارقها أو فدعها اذاً ندب الى الافضل والاولى ألا ترى انه صلى الله عليه وسلم لم يفرق بينهما بل أعرض ولو كان التفريق واجبا لما أعرض فدل قوله صلى الله عليه وسلم فارقها على بقاء النكاح وروى ان رجلا تزوج امرأة فجاءت امرأة فزعمت انها أرضعتهما فسأل الرجل عليا رضى الله عنه فقال هى امرأتك ليس أحد يحرمها عليك فان تنزهت فهو أفضل وسأل ابن عباس رضى الله عنهما فقال له مثل ذلك ولانه يحتمل ان تكون صادقة فى شهادتها فكان الاحتياط هو المفارقة فاذا فارقها فالافضل له أن يعطيها نصف المهر ان كان قبل الدخول بها لاحتمال صحة النكاح لاحتمال كذبها فى الشهادة والافضل لها ان لا تأخذ شيأ منه لاحتمال فساد النكاح لاحتمال صدقها فى الشهادة وان كان بعد الدخول فالافضل للزوج ان يعطيها كمال المهر والنفقة والسكنى لاحتمال جواز النكاح والافضل لها ان تأخذ الاقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا تأخذ النفقة والسكنى لاحتمال الفساد وان لم يطلقها فهو فى سعة من المقام معها لان النكاح قائم فى الحكم وكذا اذا شهدت امرأتان أو رجل وامرأة أو رجلان غير عدلين أو رجل وامرأتان غير عدول لما قلنا واذا شهد رجلان عدلان أو رجل وامرأتان وفرق بينهما فان كان قبل الدخول بها فلا شىء لها لانه تبين ان النكاح كان فاسدا وان كان بعد الدخول بها يجب لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل ولا تجب النفقة والسكنى فى سائر الانكحة الفاسدة والله عز وجل أعلم

﴿كتاب النفقة﴾

النفقة أنواع أربعة نفقة الزوجات ونفقة الاقارب ونفقة الرقيق ونفقة البهائم والجمادات أما نفقة الزوجات فالكلام فيها يقع فى مواضع فى بيان وجوبها وفى بيان سبب الوجوب وفى بيان شرائط الوجوب وفى بيان مقدار الواجب منها وفى بيان كيفية وجوبها وبيان سبب الوجوب وفى بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها دينا فى الذمة أما وجوبها فقد دل عليه الكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب العزيز فقوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم أى على قدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة والامر بالاسكان أمر بالانفاق لانها لا تصل الى النفقة الا بالخروج والاكتساب وفى حرف عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وهو نص وقوله عز وجل ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن أى لا تضاروهن فى الانفاق عليهن فتضيقوا عليهن النفقة فيخرجن أو لا تضاروهن فى المسكن فتدخلوا عليهن من غير استئذان فتضيقوا عليهن المسكن فيخرجن وقوله عز وجل وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عز وجل لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله وقوله عز وجل ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف قيل هو المهر والنفقة وأما السنة فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله فى النساء فانهن عندكم عوار لا يملكن لانفسهن شيأ وانما أخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله لكم عليهن حق ان لا يوطئن فرشكم أحدا ولا يأذن فى بيوتكم لاحد تكرهونه فان خفتم نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم كسوتهن ورزقهن بالمعروف ثم قال ثلاثا الا هل بلغت ويحتمل أن يكون هذا الحديث تفسيرا لما أجمل الحق فى قوله ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف فكان الحديث مبينا لما فى الكتاب أصله وروى ان رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما حق المرأة على الزوج فقال صلى الله عليه وسلم يطعمها اذا طعم ويكسوها اذا كسى وان لا يهجرها الا فى المبيت ولا يضربها ولا يقبح وقال النبى صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك

بالمعروف ولو لم تكن النفقة واجبة لم يحتمل أن يأذن لها بالأخذ من غير إذنه وأما الإجماع فلأن الأمة أجمعت على هذا وأما المعقول فهو أن المرأة محبوسة بحبس النكاح حقا للزوج ممنوعة عن الاكتساب بحقه فكان نفع حبسها عائدا إليه فكانت كفايتها عليه كقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ولأنها إذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب بحقه فلو لم يكن كفايتها عليه لهلكت ولهذا جعل للقاضي رزق في بيت مال المسلمين لحقهم لأنه محبوس لجهتهم ممنوع عن الكسب فجعلت نفقته في مالهم وهو بيت المال كذا ههنا

﴿فصل﴾ وأما سبب وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها وقال الشافعي السبب هو الزوجية وهو كونها زوجته وربما قالوا ملك النكاح للزوج عليها وربما قالوا القوامية واحتج بقوله تعالى الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم أوجب النفقة عليهم لكونهم قوامين والقوامية تثبت بالنكاح فكان سبب وجوب النفقة النكاح لأن الإنفاق على المملوك من باب إصلاح الملك واستبقائه فكان سبب وجوبه الملك كنفقة المماليك ولنا أن حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح مؤثر في استحقاق النفقة لها عليه لما بينا فأما الملك فلا أثر له لأنه قد قوبل بعوض مرة وهو المهر فلا يقابل بعوض آخر إذ العوض الواحد لا يقابل بعوضين ولا حجة له في الآية لأن فيها إثبات القوامية بسبب النفقة لا إيجاب النفقة بسبب القوامية وعلى هذا الأصل يبنى أنه لا نفقة على مسلم في نكاح فاسد لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح لأن حق الحبس لا يثبت في النكاح الفاسد وكذا النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة وكذا في عدة منه إن ثبت حق الحبس لأنه لم يثبت بسبب النكاح لانعدامه وإنما يثبت لتحصين الماء ولأن حال العدة لا يكون أقوى من حال النكاح فلما لم تجب في النكاح فلأن لا تجب في العدة أولى وتجب في العدة من نكاح صحيح لوجود سبب الوجوب وهو استحقاق الحبس للزوج عليها بسبب النكاح لأن النكاح قائم من وجه فتستحق النفقة كما كانت تستحقها قبل الفرقة بل أولى لأن حق الحبس بعد الفرقة تأكد بحق الشرع وتأكد السبب يوجب تأكد الحكم فلما وجبت قبل الفرقة فبعدها أولى سواء كانت العدة عن فرقة بطلاق أو عن فرقة بغير طلاق وسواء كانت الفرقة بغير طلاق من قبل الزوج أو من قبل المرأة إلا إذا كانت من قبلها بسبب محظور استحسانا أو شرح هذه الجملة أن الفرقة إذا كانت من قبل الزوج بطلاق فلها النفقة والسكنى سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا وسواء كانت حاملا أو حائلا بعد أن كانت مدخولا بها عندنا لقيام حق حبس النكاح وعند الشافعي إن كانت مطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا وهي حامل فكذلك فأما المبتوتة إذا كانت حاملا فلها السكنى ولا نفقة لها لزوال النكاح بالإبانة وكان ينبغي أن لا يكون لها السكنى إلا أنه ترك القياس في السكنى بالنص وعند ابن أبي ليلى لا نفقة للمبتوتة ولا سكنى لها والمسألة ذكرت في كتاب الطلاق وفي بيان أحكام العدة وسواء كان الطلاق ببدل أو بغير بدل وهو الخلع والطلاق على مال لما قلنا ولو خالعها على أن يبرأ من النفقة والسكنى يبرأ من النفقة ولا يبرأ من السكنى لكنه يبرأ عن مؤنة السكنى لأن النفقة حقها على الخلوص وكذا مؤنة السكنى فتملك الإبراء عن حقها فأما السكنى ففيها حق الله عز وجل فلا تملك المعتدة إسقاطه ولو أبرأته عن النفقة من غير قطع لا يصح الإبراء لأن الإبراء إسقاط الواجب فيستدعي تقدم الوجوب والنفقة تجب شيئا فشيئا على حسب مرور الزمان فكان الإبراء إسقاطا قبل الوجوب فلم يصح بخلاف ما إذا اختلعت نفسها على نفقتها لما ذكرناه في الخلع ولأنها جعلت الإبراء عن النفقة عوضا عن نفسها في العقد ولا يصح ذلك إلا بعد سابقة الوجوب فيثبت الوجوب مقتضى الخلع باصطلاحهما كما لو اصطلحا على النفقة أنها تجب وتصير دينا في الذمة كذا هذا وكذلك الفرقة بغير طلاق إذا كانت من قبله فلها النفقة والسكنى سواء كانت بسبب مباح كخيار البلوغ أو بسبب محظور كالردة ووطء أمها أو ابنتها أو تقبيلهما بشهوة بعد أن يكون بعد الدخول بها لقيام السبب وهو حق

الحبس للزوج عليها بسبب النكاح واذا كانت من قبل المرأة فان كانت بسبب مباح كخيار الادراك وخيار العتق وخيار عدم الكفاءة فكذلك لها النفقة والسكنى وان كانت بسبب محظور بان ارتدت أو طاوعت ابن زوجها أو أباه أو لمسته بشهوة فلا نفقة لها استحسانا ولها السكنى وان كانت مستكرهة والقياس ان يكون لها النفقة والسكنى فى ذلك كله وجه القياس ان حق الحبس قائم وتستحق النفقة كما اذا كانت الفرقة من قبلها بسبب مباح وكما اذا كانت الفرقة من قبل الزوج بسبب مباح أو محظور وللاستحسان وجهان أحدهما ان حق الحبس قد بطل بردتها الا ترى انها تحبس بعد الردة جبرا لها على الاسلام لثبوت بقاء حق النكاح فلم تجب النفقة بخلاف ما اذا كانت الفرقة بسبب مباح لان هناك حبس النكاح قائم فبقيت النفقة وكذا اذا كانت من قبل الزوج بسبب هو معصية لانها لا تحبس بردة الزوج فيبقى حبس النكاح فتبقى العدة لكن هذا يشكل بما اذا طاوعت ابن زوجها أو قبلته بشهوة انها لا تستحق النفقة وان بقى حبس النكاح مادامت العدة قائمة ولا اشكال فى الحقيقة لان هناك عدم الاستحقاق لانعدام شرط من شرائط الاستحقاق وهو ان لا يكون الفرقة من قبلها خاصة بفعل هو محظور مع قيام السبب وهو حبس النكاح فاندفع الاشكال بحمد الله تعالى والثانى ان حبس النكاح انما أوجب النفقة عليه صلة لها فاذا وقعت الفرقة بفعلها الذى هو معصية لم تستحق الصلة اذ الجانى لا يستحق الصلة بل يستحق الزجر وذلك فى الحرمان لا فى الاستحقاق كمن قتل مورثه بغير حق انه يحرم الميراث لما قلنا كذا هذا بخلاف ما اذا كانت مستكرهة على الوطء لان فعلها ليس بجناية فلا يوجب حرمان الصلة وكذا اذا كانت الفرقة بسبب مباح وبخلاف الزوج لان النفقة حقها قبل الزوج فلا يؤثر فعله الذى هو معصية فى اسقاط حق الغير فهو الفرق بين الفصلين وانما لم تحرم السكنى بفعلها الذى هو معصية لما قلنا ان فى السكنى حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط بفعل العبد ولو ارتدت فى النكاح حتى حرمت النفقة ثم اسلمت فى العدة لا تستحق النفقة ولو ارتدت فى العدة ثم اسلمت وهى فى العدة تعود النفقة ووجه الفرق ان النفقة فى الفصل الثانى بقيت واجبة بعد الفرقة قبل الردة لبقاء سبب الوجوب وهو حبس النكاح وقت وجوب العدة ثم امتنع وجوبها من بعد لعارض الردة فاذا عادت الى الاسلام فقد زال العارض فتعود النفقة وأما فى الفصل الاول فالنفقة لم تبق واجبة وقت وجوب العدة لبطلان سبب وجوبها بالردة فى حق حبس النكاح لان الردة أوجبت بطلان ذلك الحبس فلا يعود من غير تجديد النكاح فلا تعود النفقة بدونه والاصل فى هذا ان كل امرأة لم تبطل نفقتها بالفرقة ثم بطلت فى العدة لعارض منها ثم زال العارض فى العدة تعود نفقتها وكل من بطلت نفقتها بالفرقة لا تعود النفقة فى العدة وان زال سبب الفرقة فى العدة بخلاف ما اذا نشزت ثم عادت انها تستحق النفقة لان النشوز لم يوجب بطلان حق الحبس الثابت بالنكاح وانما فوت التسليم المستحق بالعقد فاذا عادت فقد سلمت نفسها فاستحقت النفقة ولو طاوعت ابن زوجها أو أباه فى العدة أو لمسته بشهوة فان كانت معتدة من طلاق وهو رجعى فلا نفقة لها لان الفرقة ما وقعت بالطلاق وانما وقعت بسبب وجد منها وهو محظور وان كان الطلاق بائنا أو كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق فلها النفقة والسكنى بخلاف ما اذا ارتدت فى العدة انه لا نفقة لها الى ان تعود الى الاسلام وهى فى العدة لان حبس النكاح يفوت بالردة ولا يفوت بالمطاوعة والمس ولو ارتدت فى العدة ولحقت بدار الحرب ثم عادت واسلمت أو سبيت واعتقت أو لم تعتق فلا نفقة لها لان العدة قد بطلت باللحاق بدار الحرب لان الردة مع اللحاق بمنزلة الموت ولو طلق امرأته وهى أمة طلاقا بائنا وقد كان المولى بوأها مع زوجها بيتا حتى وجبت النفقة ثم أخرجها المولى لخدمته حتى سقطت النفقة ثم أراد ان يعيدها الى الزوج و يأخذ النفقة كان له ذلك وان لم يكن بوأها المولى بيتا حتى طلقها الزوج ثم أراد ان يبوئها مع الزوج فى العدة لتجب النفقة فانها لا تجب وجه الفرق ان النفقة كانت واجبة فى الفصل الاول لوجود سبب الوجوب وهو الاحتباس وشرطه وهو التسليم الا انه لما أخرجها الى خدمته فقد فوت على الزوج الاحتباس الثابت حقا له والتسليم فامتنع وجوب النفقة حقا له فاذا أعادها الى الزوج عاد حقه فيعود حق

المولى فى النفقة فاما فى الفصل الثانى فالنفقة ما كانت واجبة فى العدة لانعدام سبب الوجوب أو شرط الوجوب وهو التسليم فهو بالبينونة يريد الزام الزوج النفقة ابتداء فى العدة فلا يملك ذلك والاصل فى ذلك ان كل امرأة كانت لها النفقة يوم الطلاق ثم صارت الى حال لا نفقة لها فيها فلها ان تعود وتأخذ النفقة وكل امرأة لا نفقة لها يوم الطلاق فليس لها نفقة أبدا الا الناشزة وتفسير ذلك والوجه فيه ماذكرنا ويستوى فى نفقة المعتدة عدة الاقراء وعدة الاشهر وعدة الحمل لاستواء الكل فى سبب الاستحقاق فينفق عليها مادامت فى العدة وان تطاولت المدة لعذر الحبل أو لعذر آخر ويكون القول فى ذلك قولها لان ذلك أمر يعرف من قبلها حتى لو ادعت انها حامل أنفق عليها الى سنتين منذ طلقها لان الولد يبقى فى البطن الى سنتين فان مضت سنتان ولم تضع فقالت كنت أتوهم انى حامل ولم أحض الى هذه الغاية وطلبت النفقة لعذر امتداد الطهر وقال الزوج انك ادعيت الحمل فانما تجب على النفقة لعلة الحمل وأكثر مدة الحمل سنتان وقد مضى ذلك فلا نفقة على فان القاضى لا يلتفت الى قوله ويلزمه النفقة الى ان تنقضى عدتها بالاقراء وتدخل فى عدة الاياس لان أحد العذرين ان بطل وهو عذر الحمل فقد بقى الآخر وهو عذر امتداد الطهر اذ الممتد طهرها من ذوات الاقراء وهى مصدقة فى ذلك فان لم تحض حتى دخلت فى حد الاياس أنفق عليها ثلاثة أشهر فان حاضت فى الاشهر الثلاثة واستقبلت العدة بالحيض فلها النفقة لانها معتدة وكذلك لو كانت صغيرة يجامع مثلها فطلقها بعد مادخل بها انفق عليها ثلاثة أشهر فان حاضت فى الاشهر الثلاثة واستقبلت عدة الاقراء انفق عليها حتى تنقضى عدتها لما قلنا وان طالبته امرأة بالنفقة وقدمته الى القاضى فقال الرجل للقاضى قد كنت طلقتها منذ سنة وقد انقضت عدتها فى هذه المدة وجحدت المرأة الطلاق فان القاضى لا يقبل قول الزوج انه طلقها منذ سنة ولكن يقع الطلاق عليها منذ أقر به عند القاضى لانه يصدق فى حق نفسه لا فى ابطال حق الغير فان أقام شاهدين على انه طلقها منذ سنة والقاضى لا يعرفهما أمره القاضى بالنفقة وفرض لها عليه النفقة لان الفرقة منذ سنة لم تظهر بعد فان أقام بينة عادلة أو أقرت هى انها قد حاضت ثلاث حيض فى هذه السنة فلا نفقة لها على الزوج وان كانت أخذت منه شيأ ترده عليه لظهور ثبوت الفرقة منذ سنة وانقضاء العدة وان قالت لم أحض فى هذه السنة فالقول قولها ولها النفقة لان القول فى انقضاء العدة قولها فان قال الزوج قد أخبرتنى ان عدتها قد انقضت لم يقبل قوله فى ابطال نفقتها لانه غير مصدق عليها فى ابطال حقها ولو طلق امرأته ثلاثا أو بائنا فامتدت عدتها الى سنتين ثم ولدت لاكثر من سنتين وقد كان الزوج أعطاها النفقة الى وقت الولادة فانه يحكم بانقضاء عدتها قبل الولادة لستة أشهر عند أبى حنيفة ومحمد ويسترد نفقة ستة أشهر قبل الولادة وعند أبى يوسف لا يسترد شيأ من النفقة وكذلك اذا طلق امرأته فى حال المرض فامتد مرضه الى سنتين وامتدت عدتها الى سنتين ثم ولدت المرأة بعد الموت بشهر وقد كان أعطاها النفقة الى وقت الوفاة فانها لا ترث ويسترد منها نفقة ستة أشهر عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف ترث ولا يسترد شيأ من النفقة وقد مرت المسئلتان فى كتاب الطلاق ولا نفقة فى الفرقة قبل الدخول باى سبب كانت لارتفاع النكاح من كل وجه فينعدم السبب وهو الحبس الثابت بالنكاح وأم الولد اذا أعتقها مولاها ووجبت عليها العدة لا نفقة لها وان كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج لان هذا الحبس لم يثبت بسبب النكاح وانما يثبت لتحصين الماء فاشبهت المعتدة من النكاح الفاسد ولان نفقتها قبل العتق انما وجبت بملك العين لا بالاحتباس وقد زال بالاعتاق ونفقة الزوجة انما وجبت بالاحتباس وأنه قائم

﴿فصل﴾ وأما شرط وجوب هذه النفقة فلوجوبها شرطان أحدهما يعم النوعين جميعا أعنى نفقة النكاح ونفقة العدة والثانى يخص أحدهما وهو نفقة العدة أما الاول فتسليم المرأة نفسها الى الزوج وقت وجوب التسليم ونعنى بالتسليم التخلية وهى أن تخلى بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة اذا كان المانع من قبلها أو من قبل غير الزوج فان لم يوجد التسليم على هذا التفسير وقت وجوب التسليم فلا نفقة لها وعلى هذا تخرج مسائل اذا

تزوج بالغة حرة صحيحة سليمة ونقلها الى بيته فلها النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه وكذلك اذا لم ينقلها وهي بحيث لا تمنع نفسها وطلبت النفقة ولم يطالبها بالنقلة فلها النفقة لانه وجد سبب الوجوب وهو استحقاق الحبس وشرطه وهو التسليم على التفسير الذى ذكرنا فالزوج بترك النقلة ترك حق نفسه مع امكان الاستيفاء فلا يبطل حقها فى النفقة فان طالبها بالنقلة فامتنعت فان كان امتناعها بحق بان امتنعت لاستيفاء مهرها العاجل فلها النفقة لانه لا يجب عليها التسليم قبل استيفاء العاجل من مهرها فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم وعلى هذا قالوا لو طالبها بالنقلة بعد ما أوفاها المهر الى دار مغصوبة فامتنعت فلها النفقة لان امتناعها بحق فلم يجب عليها التسليم فلم تمتنع من التسليم حال وجوب التسليم ولو كانت ساكنة منزلها فمنعته من الدخول عليها لا على سبيل النشوز فان قالت حولنى الى منزلك أو اكتر لى منزلا أنزله فانى احتاج الى منزلى هذا آخذ كراءه فلها النفقة لان امتناعها عن التسليم فى بيتها لغرض التحويل الى منزله أو الى منزل الكراء امتناع بحق فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم وان كان بغير حق بان كان الزوج قد أوفاها مهرها او كان مؤجلا فلا نفقة لها لانعدام التسليم حال وجوب التسليم فلم يوجد شرط الوجوب فلا تجب ولهذا لم تجب النفقة للناشزة وهذه ناشزة ولو منعت نفسها عن زوجها بعد ما دخل بها برضاها لاستيفاء مهرها فلها النفقة عند أبى حنيفة لانه منع بحق عنده وعندهما لا نفقة لها لكونه منعا بغير حق عندهما ولو منعت نفسها عن زوجها بعد ما دخل بها على كره منها فلها النفقة لانها محقة فى المنع وان كانت صغيرة يجامع مثلها فهى كالبالغة فى النفقة لان المعنى الموجب للنفقة يجمعهما وان كانت لا يجامع مثلها فلا نفقة لها عندنا وعند الشافعى لها النفقة بناء على أن سبب الوجوب عنده النكاح وشرطه عدم النشوز وقد وجدا وشرط الوجوب عندنا تسليم النفس ولا يتحقق التسليم فى الصغيرة التى لا يجامع مثلها لا منها ولا من غيرها لقيام المانع فى نفسها من الوطء والاستمتاع لعدم قبول المحل لذلك فانعدم شرط الوجوب فلا يجب وقال أبو يوسف اذا كانت الصغيرة تخدم الزوج وينتفع الزوج بها بالخدمة فسلمت نفسها اليه فان شاء ردها وان شاء أمسكها فان أمسكها فلها النفقة وان ردها فلا نفقة لها لانها اذا لم تحتمل الوطء لم يوجد التسليم الذى أوجبه العقد فكان له أن يمتنع من القبول فان أمسكها فلها النفقة لانه حصل له منها نوع منفعة وضرب من الاستمتاع وقد رضى بالتسليم القاصر وان ردها فلا نفقة لها حتى يجىء حال يقدر فيها على جماعها لانعدام التسليم الذى أوجبه العقد وعدم رضاه بالتسليم القاصر وان كان الزوج صغيرا والمرأة كبيرة فلها النفقة لوجود التسليم منها على التفسير الذى ذكرنا وانما العجز من قبل الزوج عن القبض وأنه ليس بشرط لوجوب النفقة وكذلك لو كان الزوج مجبوبا أو عنينا أو محبوسا فى دين أو مريضا لا يقدر على الجماع أو خارجا للحج فلها النفقة لما قلنا ولو كانت المرأة مريضة قبل النقلة مرضا يمنع من الجماع فنقلت وهى مريضة فلها النفقة بعد النقلة وقبلها أيضا فاذا طلبت النفقة فلم ينقلها الزوج وهى لا تمتنع من النقلة لو طالبها الزوج وان كانت تمتنع فلا نفقة لها كالصحيحة كذا ذكر فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه لا نفقة لها قبل النقلة فاذا نقلت وهى مريضة فله أن يردها ووجه رواية أبى يوسف أنه لم يوجد التسليم اذ هو تخلية وتمكين ولا يتحقق ذلك مع المانع وهو تبوء المحل فلا تستحق النفقة كالصغيرة التى لا تحتمل الوطء واذا سلمت نفسها وهى مريضة له أن يردها لان التسليم الذى أوجبه العقد وهو التسليم الممكن من الوطء لما لم يوجد كان له أن لا يقبل التسليم الذى لم يوجبه العقد وهكذا قال أبو يوسف فى الصغيرة التى لم يجامع مثلها أن له ان يردها لما قلنا وجه ظاهر الرواية أن التسليم فى حق التمكين من الوطء ان لم يوجد فقد وجد فى حق التمكين من الاستمتاع وهذا يكفى لوجوب النفقة كما فى الحائض والنفساء والصائمة صوم رمضان واذا امتنعت فلم يوجد منها التسليم رأسا فلا تستحق النفقة وقال أبو يوسف اذا كانت المريضة تؤنسه وينتفع بها فى غير الجماع فان شاء ردها وان شاء أمسكها فان أمسكها فلها النفقة وان ردها فلا نفقة لها لما ذكرنا فى الصغيرة وان نقلت وهى صحيحة ثم مرضت فى بيت الزوج مرضا لا تستطيع معه الجماع لم تبطل نفقتها بلا خلاف لان التسليم المطلق وهو التسليم

الممكن من الوطء والاستمتاع قد حصل بالانتقال لانها كانت صحيحة كذا الانتقال ثم قصر التسليم لعارض يحتمل الزوال فاشبه الحيض أو نقول التسليم المستحق بالعقد فى حق المريضة التى لا تحتمل الجماع قبل الانتقال و بعده هو التسليم فى حق الاستمتاع لا فى حق الوطء كما فى حق الحائض وكذا اذا نقلها ثم ذهب عقلها فصارت معتوهة مغلوبة أو كبرت فطعنت فى السن حتى لا يستطيع زوجها جماعها أو أصابها بلاء فلها النفقة لما قلنا ولو حبست فى دين ذكر فى الجامع الكبير أن لا نفقة لها ولم يفصل بين ما اذا كان الحبس قبل الانتقال أو بعده و بين ما اذا كانت قادرة على التخلية أو لا لان حبس النكاح قد بطل باعراض حبس الدين لان صاحب الدين أحق بحبسها بالدين وفات التسليم أيضا بمعنى من قبلها وهو مطلها فصارت كالناشزة وذكر الكرخى أنها اذا كانت محبوسة فى دين من قبل النقلة فان كانت تقدر على أن تخلى بينه و بين نفسها فلها النفقة وان كانت فى موضع لا تقدر على التخلية فلا نفقة لها وهذا تفسير ما أجمله محمد فى الجامع لانها اذا كانت تقدر على أن توصله اليها فالظاهر منها عدم المنع لو طالبها الزوج وهذا تفسير التسليم فان لم يطالبها فالتقصير جاء من قبله فلا يسقط حقها وان كانت لا تقدر على التخلية فالتسليم فات بمعنى من قبلها وهو مماطلتها فلا تستوجب النفقة ولو حبست بعد النقلة لم تبطل نفقتها لما قلنا فى المريضة وذكر القدورى أن ما ذكره الكرخى فى الحبس محمول على ما اذا كانت محبوسة لا تقدر على قضائه فاما اذا كانت قادرة على القضاء فلم تقض فلا نفقة لها وهذا صحيح لانها اذا لم تقض مع القدرة على القضاء صارت كانها حبست نفسها فتصير بمعنى الناشزة ولو فرض القاضى لها النفقة ثم أخذها رجل كارهة فهرب بها شهرا أو غصبها غاصب لم يكن لها نفقة فى المدة التى منعها لفوات التسليم لا لمعنى من جهة الزوج وروى عن أبى يوسف أن لها النفقة لان الفوات ما جاء من قبلها والرتقاء والقرناء لهما النفقة بعد النقلة وقبلها اذا طلبتا ولم يظهر منهما الامتناع فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أن لهما النفقة بعد الانتقال فاما قبل الانتقال فلا نفقة لهما وجه رواية أبى يوسف أن التسليم الذى أوجبه العقد لم يوجد فى حقهما قبل الانتقال و بعده الا أنه لما قبلهما مع العلم بالعيب فقد رضى بالتسليم القاصر كما قال فى المريضة الا أن ههنا قال لا يجوز له أن يردهما وقال فى الصغيرة التى ينتفع بها فى الخدمة والمريضة التى يستأنس بها أن له أن يردهما وجه ظاهر الرواية ان العقد انعقد فى حقهما موجبا تسليم مثلهما وهو التمكين من الاستمتاع دون الوطء وهذا النوع من التسليم يكفى لاستحقاق النفقة كتسليم الحائض والنفساء والمحرمة والصائمة مع ما ان التسليم المطلق يتصور منهما بواسطة ازالة المانع من الرتق والقرن بالعلاج فيمكن الانتفاع بهما وطأ ولو حجت المرأة حجة فريضة فان كان ذلك قبل النقلة فان حجت بلا محرم ولا زوج فهى ناشزة وان حجت مع محرم لها دون الزوج فلا نفقة لها فى قولهم جميعا لانها امتنعت من التسليم بعد وجوب التسليم فصارت كالناشزة وان كانت انتقلت الى منزل الزوج ثم حجت مع محرم لها دون الزوج فقد قال أبو يوسف لها النفقة وقال محمد لا نفقة لها وجه قول محمد ان التسليم قد فات بامر من قبلها وهو خروجها فلا تستحق النفقة كالناشزة ولابى يوسف ان التسليم المطلق قد حصل بالانتقال الى منزل الزوج ثم فات بعارض أداء فرض وهذا لا يبطل النفقة كما لو انتقلت الى منزل زوجها ثم لزمها صوم رمضان أو نقول حصل التسليم المطلق بالانتقال ثم فات لعذر فلا تسقط النفقة كالمريضة ثم اذا وجبت لها النفقة على أصل أبى يوسف يفرض لها القاضى نفقة الاقامة لا نفقة السفر لان الزوج لا يلزمه الا نفقة الحضر فأما زيادة المؤنة التى تحتاج اليها المرأة فى السفر من الكراء ونحو ذلك فهى عليها لا عليه لانها الاداء الفرض والفرض عليها فكانت تلك المؤنة عليها لا عليه كما لو مرضت فى الحضر كانت المداواة عليها لا على الزوج فان جاورت بمكة أو أقامت بها بعد أداء الحج اقامة لا تحتاج اليها سقطت نفقتها لانها غير معذورة فى ذلك فصارت كالناشزة فان طلبت نفقة ثلاثة أشهر قدر الذهاب والمجىء لم يكن على الزوج ذلك ولكن يعطيها نفقة شهر واحد فاذا عادت أخذت ما بقى لان الواجب عليه لها نفقة الاقامة لا نفقة السفر ونفقة الاقامة تفرض لها كل شهر فشهر

وهذه الجملة لا تتفرع على أصل محمد هذا اذا لم يخرج الزوج معها الى الحج فأما اذا خرج فلها النفقة بلا خلاف لوجود التسليم المطلق لامكان الانتفاع بها وطأ واستمتاعا فى الطريق فصارت كالمقيمة فى منزله ولو آلى منها أو ظاهر منها فلها النفقة لان حق الحبس قائم والتسليم موجود ولتمكنه من وطئها والاستمتاع بها بغير واسطة فى الايلاء وبواسطة تقديم الكفارة فى الظهار فوجد سبب وجوب النفقة وشرط وجوبها فتجب ولو تزوج أخت امرأته أو عمتها أو خالتها ولم يعلم بذلك حتى دخل بها فرق بينهما ووجب عليه أن يعتزلها مدة عدة أختها فلامرأته النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو التسليم الا انه امتنع الانتفاع بها بعارض يزول فأشبه الحيض والنفاس وصوم رمضان ولا نفقة لاختها وان وجبت عليها العدة لانها معتدة من نكاح فاسد وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا تزوج حر أو عبد أمة أو قنة أو مدبرة أو أم ولد انه ان بوأها المولى تجب النفقة والا فلا لان سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم لا يتحقق بدون التبوئة لان التبوئة هو ان يخلى المولى بينها وبين زوجها فى منزل زوجها لا يستخدمها فاذا كانت مشغولة بخدمة المولى لم تكن محبوسة عند الزوج ولا مسلمة اليه ولا يجبر المولى على التبوئة لان خدمتها حق المولى فلا يجبر الانسان على ايفاء حق نفسه لغيره فان بوأها المولى ثم بدا له أن يستخدمها فله ذلك لما ذكرنا ان خدمتها حق المولى لان منافع سائر الاعضاء بقيت على ملكه وانما أعارها للزوج بالتبوئة وللمعير أن يسترد عاريته ولا نفقة على الزوج مدة الاستخدام لفوات التسليم فيها من جهة المولى ولو بوأها مولاها بيت الزوج فكانت تجيء فى أوقات الى مولاها فتخدمه من غير ان يستخدمها قالوا لا تسقط نفقتها لان الاسترداد انما يحصل بالاستخدام ولم يوجد ولان هذا القدر من الخدمة لا يقدح فى التسليم كالحرة اذا خرجت الى منزل أبيها وان كانت مكاتبة تزوجت باذن المولى حتى جاز العقد فلها النفقة ولا يشترط التبوئة لان خدمتها ليست حق المولى اذ لا حق للمولى فى منافعها ألا ترى انه ليس للمولى أن يستخدمها فكانت فى منافعها كالحرة فيجبر المولى على التسليم ويجب على الزوج النفقة والعبد اذا تزوج باذن المولى حرة أو أمة فهو فى وجوب النفقة كالحر لاستوائهما فى سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم ولهذا استويا فى وجوب المهر الا ان الفرق بينهما ان النفقة اذا صارت مفروضة على العبد تتعلق برقبته وكسبه يباع فيها الا ان يفديه المولى فيسقط حق الغريم كسائر الديون ويبدأ بها قبل الغلة لمولاه فان كان المولى ضرب عليه ضريبة فان نفقة امرأته تقدم على ضريبة مولاه لانها بالفرض صارت دينا فى رقبته حتى يباع بها فأشبه سائر الديون بخلاف الغلة فانها لا تجب للمولى على عبده دين فى الحقيقة فان مات العبد قبل البيع بطلت النفقة ولا يؤخذ المولى بشيء لفوات محل التعليق فيبطل التعليق كالعبد المرهون اذا هلك يبطل الدين الذى تعلق به وكذلك اذا قتل العبد فى ظاهر الرواية وذكر الكرخى انه اذا قتل كانت النفقة فى قيمته وجه ماذكره الكرخى ان القيمة قامت مقام العبد لانها بدله فتقوم مقامه كانه هو كما فى سائر الديون وجه ظاهر الرواية ان القيمة انما تقام مقام الرقبة فى الديون المطلقة لا فيما يجرى مجرى الصلات والنفقة تجرى مجرى الصلات على أصل أصحابنا لما نذكر ان شاء الله تعالى فتسقط بالموت قبل القبض كسائر الصلات ولهذا لو كان الزوج حرا فقتل خطأ سقطت عندنا ولا تقام الدية مقامه فكذا اذا كان عبدا وكذلك المدبر وأم الولد لما قلنا غير ان هؤلاء لا يباعون لان ديونهم تتعلق باكسابهم لا برقابهم لتعذر استيفائها من رقابهم لان الاستيفاء بالبيع ورقابهم لا تحتمل البيع وأما المكاتب فعندنا يتعلق الدين برقبته وكسبه كالقن لتصور الاستيفاء من رقبته لاحتمال العجز لانه اذا عجز يعود قنا فيسعى فيها مادام مكاتبا فاذا قضى بعجزه وصار رقنا يباع فيها الا ان يفديه المولى كما فى الكتابة وأما المعتق البعض فهو عند أبى حنيفة بمنزلة المكاتب الا انه لا يتصور فيه العجز والبيع فى الدين فيسعى فى نفقتها وعندهما هو حر عليه دين ولا يجب على العبد نفقة ولده سواء كان من امرأة حرة أو أمة لانه ان كان من حرة يكون حرا فلا يجب على العبد نفقة

الحر وتكون على الام نفقته ان كانت غنية وان كانت محتاجة فعلى من يرث الولد من القرابة وان كان من أمة
فيكون عبدا لمولاها فلا يلزم غيره نفقته وكذلك الحر اذا تزوج أمة فولدت له أولادا فنفقة الاولاد على مولى الامة
لانهم مماليكه والعبد والحر في ذلك سواء وكذلك المدبرة وأم الولد في هذا كالامة القنة لما قلنا وان كان مولى
الامة في هذه المسائل فقيرا والزوج أب الولد غنيا لا يؤمر الاب بالنفقة على ولده بل اما ان يبيعه مولاه أو ينفق
عليه ان كان من أمة قنة وان كان من مدبرة أو أم ولد ينفق الاب عليه ثم يرجع على المولى اذا أيسر لتعذر الجبر على
البيع ههنا لعدم قبول المحل فأما اذا كانت مكاتبة فنفقة أولادها لا تجب على زوجها وانما تجب على الام المكاتبة
سواء كان الاب حرا أو عبدا لان ولد المكاتبة ملك المولى رقبة وهو حق المكاتبة كسبا ألا ترى انها تستعين
باكسابه في رقبتها وعتقها واذا كانت اكسابه حقا لها كانت نفقته عليها لان نفقة الانسان تتبع كسبه قال النبي
صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان زوج ابنته من عبده فلها النفقة على العبد لان البنت
يجب لها على أبيها دين فيجوز أن يجب على عبد أبيها وان زوج أمته من عبده فنفقتهما جميعا على المولى لانهما جميعا ملك
المولى والله عز وجل أعلم والكتابية في استحقاق النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة لاستوائهما في سبب
الاستحقاق وشرطه والذمي في وجوب النفقة عليه لزوجته التي ليست من محارمه كالمسلم لاستوائهما في سبب
الوجوب وشرطه ولان ما ذكرنا من دلائل الوجوب لا يوجب الفصل بين المسلم والذمي في النفقة ولقول النبي صلى الله
عليه وسلم واذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وعلى المسلم نفقة زوجته فهكذا على
الذمي وأما اذا كانت من محارمه فقد قال أبو حنيفة انها اذا طلبت النفقة فان القاضي يقضي بالنفقة لها وعند أبي يوسف
ومحمد وزفر والشافعي لا يقضى بناء على ان هذا النكاح فاسد عندهم وأما عند أبي حنيفة فقد ذكر بعض مشايخنا انه صحيح
عندهم حتى قال انهما يقران عليه ولا يعترض عليهما قبل ان يترافعا أو يسلم أحدهما وذكر الكرخي ان هذا النكاح
فاسد بالاجماع وانما أوجب أبو حنيفة النفقة مع فساد هذا النكاح لانهما يقران عليه مع فساده عنده فان أبا حنيفة
قال اني أفرض عليه النفقة لكل امرأة أقرت على نكاحها جائزا كان النكاح عندي أو باطلا ووجهه انه لما أقر على
نكاحها فقد الحق هذا النكاح بالنكاح الصحيح في حق وجوب النفقة وقد يلحق النكاح الفاسد بالصحيح في
بعض الاحكام من النسب والعدة وغير ذلك و يستوي في استحقاق هذه النفقة المعسرة والموسرة فتستحق الزوجة
النفقة على زوجها وان كانت موسرة لاستوائهما في سبب الاستحقاق وشرطه ولان هذه النفقة لها شبه بالاعواض
فيستوي فيها الفقير والغني كنفقة القاضي والمضارب بخلاف نفقة المحارم انها لا تجب للغني لانها تجب صلة محضة
لمكان الحاجة فلا تجب عند عدم الحاجة وتجب هذه النفقة من غير قضاء القاضي لكنها لا تصير دينا في الذمة الا بقضاء
أو رضا على ما نذكر ان شاء الله تعالى بخلاف نفقة ذوي الارحام فانها لا تجب من غير قضاء القاضي ونفقة الوالدين
والمولودين تجب من غير قضاء القاضي والفرق بين هذه الجملة يذكر في نفقة الاقارب ان شاء الله تعالى ولا نفقة للناشزة
لفوات التسليم بمعنى من جهتها وهو النشوز والنشوز في النكاح ان تمنع نفسها من الزوج بغير حق خارجة من منزله بان
خرجت بغير اذنه وغابت أو سافرت فاما اذا كانت في منزله ومنعت نفسها في رواية فلها النفقة لانها محبوسة لحقه منتفع
بها ظاهرا وغالبا فكان معنى التسليم حاصلا والنشوز في العدة ان تخرج من بيت العدة مراغمة لزوجها أو تخرج لمعنى
من قبلها وقد روي ان فاطمة بنت قيس كانت تبذو على احمائها فنقلها النبي صلى الله عليه وسلم الى بيت ابن أم مكتوم
ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى لان الاخراج كان بمعنى من قبلها فصارت كانها خرجت بنفسها مراغمة لزوجها وأما الثاني
وهو الشرط الذي يخص نفقة العدة فهو ان لا يكون وجوب العدة بفرقة حاصلة من قبلها بسبب محظور استحسانا
والقياس انه ليس بشرط وقد مر وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وكل امرأة لها النفقة فلها الكسوة لقوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وغير ذلك من النصوص التي ذكرناها فيما تقدم ولان سبب وجوبهما

لا يختلف وكذا شرط الوجوب و يجيان على الموسر والمعسر لان دليل الوجوب لا يفصل والله أعلم وكل امرأة لها النفقة لها السكنى لقوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود رضي الله عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم ولانهما استويا في سبب الوجوب وشرطه وهو ماذكرنا فيستويان في الوجوب ويستوي في وجوبهما أصل الوجوب الموسر والمعسر لان دلائل الوجوب لا توجب الفصل وانما يختلفان في مقدار الواجب منهما وسنبينه ان شاء الله تعالى في موضعه ولو أراد الزوج ان يسكنها مع ضرتها أو مع احمائها كام الزوج وأخته و بنته من غيرها وأقاربه فأبت ذلك عليه ان يسكنها في منزل مفرد لانهن ربما يؤذينها و يضررن بها في المساكنة واباؤها دليل الاذى والضرر ولانه يحتاج الى ان يجامعها و يعاشرها في أي وقت يتفق ولا يمكنه ذلك اذا كان معهما ثالث حتى لو كان في الدار بيوت ففرغ لها بيتا وجعل لبيتها غلقا على حدة قالوا انها ليس لها ان تطالبه ببيت آخر ولو كانت في منزل الزوج وليس معها أحد يساكنها فشكت الى القاضي ان الزوج يضربها و يؤذيها سأل القاضي جيرانها فان أخبروا بما قالت وهم قوم صالحون فالقاضي يؤدبه و يأمره بان يحسن اليها و يأمر جيرانه ان يتفحصوا عنها وان لم يكن الجيران قوما صالحين أمره القاضي ان يحولها الى جيران صالحين فان أخبروا القاضي بخلاف ما قالت أقرها هنالك ولم يحولها وللزوج ان يمنع أباها وأمها وولدها من غيره ومحارمها من الدخول عليها لان المنزل منزله فكان له ان يمنع من شاء وليس له ان يمنعهم من النظر اليها وكلامها خارج المنزل لان ذلك ليس بحق له الا أن يكون في ذلك فتنة بان يخاف عليها الفساد فله ان يمنعهم من ذلك أيضا

﴿فصل﴾ وأما بيان مقدار الواجب منها فالكلام في هذا الفصل في موضعين أحدهما في بيان ما تقدر به هذه النفقة والثاني في بيان من تقدر به اما الاول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا هذه النفقة غير مقدرة بنفسها بل بكفايتها وقال الشافعي مقدرة بنفسها على الموسر مدان وعلى المتوسط مد ونصف وعلى المعسر نصف مد واحتج بظاهر قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته أي قدر سعته فدل انها مقدرة ولانه اطعام واجب فيجب ان يكون مقدرا كالاطعام في الكفارات ولانها وجبت بدلا لانها تجب بمقابلة الملك عندي ومقابلة الحبس عندكم فكانت مقدرة كالثمن في البيع والمهر في النكاح ولنا قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مطلقا عن التقدير فمن قدر فقد خالف النص ولانه أوجبها باسم الرزق ورزق الانسان كفايته في العرف والعادة كرزق القاضي والمضارب وروى ان هند امرأة أبي سفيان قالت يارسول الله ان أباسفيان رجل شحيح وانه لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال صلى الله عليه وسلم خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف نص عليه أفضل الصلاة والسلام على الكفاية فدل ان نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية ولانها وجبت بكونها محبوسة بحق الزوج ممنوعة عن الكسب لحقه فكان وجوبها بطريق الكفاية كنفقة القاضي والمضارب وأما الآية فهي حجة عليه لان فيها أمر الذي عنده السعة بالانفاق على قدر السعة مطلقا عن التقدير بالوزن فكان التقدير به تقييد المطلق فلا يجوز الا بدليل وقوله انه اطعام واجب يبطل بنفقة الاقارب فانه اطعام واجب وهي غير مقدرة بنفسها بل بالكفاية والتقدير بالوزن في الكفارات ليس لكونها نفقة واجبة بل لكونها عبادة محضة لوجوبها على وجه الصدقة كالزكاة فكانت مقدرة بنفسها كالزكاة ووجوب هذه النفقة ليس على وجه الصدقة بل على وجه الكفاية فتتقدر بكفايتها كنفقة الاقارب وأما قوله انها وجبت بدلا ممنوع ولسنا نقول انها تجب بمقابلة الحبس بل تجب جزاء على الحبس ولا يجوز ان تكون واجبة بمقابلة ملك النكاح لما ذكرنا واذا كان وجوبها على سبيل الكفاية فيجب على الزوج من النفقة قدر ما يكفيها من الطعام والادام والدهن لان الخبز لا يؤكل عادة الا مأدوما والدهن لا بد منه للنساء ولا تقدر نفقتها بالدراهم والدنانير على أي سعر كانت لان فيه اضرارا باحد الزوجين اذ السعر قد يغلو وقد يرخص بل تقدر لها على حسب اختلاف الاسعار غلاء ورخصا رعاية للجانبين و يجب عليه من الكسوة في كل سنة مرتين صيفية وشتوية لانها كما تحتاج الى الطعام والشراب تحتاج الى اللباس

لستر العورة ولدفع الحر والبرد ويختلف ذلك باليسار والاعسار والشتاء والصيف على مانذكر ان شاء الله تعالى وذكر في كتاب النكاح ان المعسر يفرض عليه خمسة دراهم في الشهر والموسر عشرة وذلك محمول على اعتبار قرار السعر في الوقت ولو جاء الزوج بطعام يحتاج الى الطبخ والخبز فابت المرأة الطبخ والخبز يعني بان تطبخ وتخبز لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين علي وفاطمة رضي الله عنهما فجعل أعمال الخارج على علي وأعمال الداخل على فاطمة رضي الله عنهما ولكنها لاتجبر على ذلك ان أبت ويؤمر الزوج ان يأتي لها بطعام مهيأ ولو استأجرها للطبخ والخبز لم يجز ولا يجوز لها أخذ الاجرة على ذلك لانها لو أخذت الاجرة لاخذتها على عمل واجب عليها في الفتوى فكان في معنى الرشوة فلا يحل لها الاخذ وذكر الفقيه أبو الليث ان هذا اذا كان بها علة لاتقدر على الطبخ والخبز أو كانت من بنات الاشراف فاما اذا كانت تقدر على ذلك وهي ممن تخدم بنفسها تجبر على ذلك وان كان لها خادم يجب لخادمها أيضا النفقة والكسوة اذا كانت متفرغة لشغلها ولخدمتها لاشغل لها غيرها لان أمور البيت لاتقوم بها وحدها فتحتاج الى خادم ولا يجب عليه لاكثر من خادم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يجب لخادمين ولا يجب أكثر من ذلك وروى عنه رواية أخرى ان المرأة اذا كانت يجل مقدارها عن خدمة خادم واحد وتحتاج الى أكثر من ذلك يجب لاكثر من ذلك بالمعروف وبه أخذ الطحاوي وجه ظاهر قول أبي يوسف ان خدمة امرأة لاتقوم بخادم واحد بل تقع الحاجة الى خادمين يكون أحدهما معينا للآخر وجه قولهما ان الزوج لو قام بخدمتها بنفسه لايلزمه نفقة خادم أصلا وخادم واحد يقوم مقامه فلا يلزمه غيره لانه اذا اقام مقامه صار كانه خدم بنفسه ولان الخادم الواحد لابد منه والزيادة على ذلك ليس له حد معلوم يقدر به فلا يكون اعتبار الخادمين أولى من الثلاثة والاربعة فيقدر بالاقل وهو الواحد هذا اذا كان الزوج موسرا فاما اذا كان معسرا فقد روى الحسن عن أبي حنيفة انه ليس عليه نفقة خادم وان كان لها خادم وقال محمد ان كان لها خادم فعليه نفقته والا فلا وجه قول محمد انه لما كان لها خادم علم انها لاترضى بالخدمة بنفسها فكان على الزوج نفقة خادمها وان لم يكن لها خادم دل انها راضية بالخدمة بنفسها فلا يجبر على اتخاذ خادم لم يكن وجه رواية الحسن ان الواجب على الزوج المعسر من النفقة أدنى الكفاية وقد تكتفي المرأة بخدمة نفسها فلا يلزمه نفقة الخادم وان كان لها خادم وأما الثاني وهو بيان من يقدر به هذه النفقة فقد اختلف فيه أيضا ذكر الكرخي ان قدر النفقة والكسوة يعتبر بحال الزوج في يساره واعساره لابحالها وهو قول الشافعي أيضا وذكر الخصاص انه يعتبر بحالهما جميعا حتى لو كانا موسرين فعليه نفقة اليسار وان كانا معسرين فعليه نفقة الاعسار وكذلك اذا كان الزوج معسرا والمرأة موسرة ولا خلاف في هذه الجملة فاما اذا كان الزوج موسرا والمرأة معسرة فعليه نفقة اليسار على ماذكره الكرخي وعلى قول الخصاف عليه أدنى من نفقة الموسرات وأوسع من نفقة المعسرين حتى لو كان الزوج مفرطا في اليسار يأكل خبز الحوارى ولحم الجمل والدجاج والمرأة مفرطة في الفقر تأكل في بيتها خبز الشعير لا يجب عليه أن يطعمها ما يأكله ولا يطعمها ما كانت تأكل في بيت أهلها أيضا ولكن يطعمها خبز الحنطة ولحم الشاة وكذلك الكسوة على هذا الاعتبار وجه قول الخصاف ان في اعتبار حالتيهما في تقدير النفقة والكسوة نظرا من الجانبين فكان أولى من اعتبار حال أحدهما والصحيح ماذكره الكرخي لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها وهذا نص في الباب واذا عرف هذا فنقول اذا كان الزوج معسرا ينفق عليها أدنى مايكفيها من الطعام والادام والدهن بالمعروف ومن الكسوة أدنى مايكفيها من الصيفية والشتوية وان كان متوسطا ينفق عليها أوسع من ذلك بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك بالمعروف وان كان غنيا ينفق عليها أوسع من ذلك كله بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك كله بالمعروف وانما كانت النفقة والكسوة بالمعروف لان دفع الضرر عن الزوجين واجب وذلك في ايجاب الوسط من الكفاية وهو تفسير المعروف فيكفيها من الكسوة في الصيف قميص وخمار

وملحفة وسراويل أيضا في عرف ديارنا على قدر حاله من الخشن واللين والوسط والخشن اذا كان من الفقراء واللين اذا كان من الاغنياء والوسط اذا كان من الاوساط وذلك كله من القطن أو الكتان على حسب عادات البلدان الا الخمار فانه يفرض على الغني خمار حرير وفي الشتاء يزاد على ذلك حشو يا وفروة بحسب اختلاف البلاد في الحر والبرد وأما نفقة الخادم فقد قيل ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم كما يلزم المعسر نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وكذا الكسوة ولو اختلفا فقالت المرأة انه موسر وعليه نفقة الموسرين وقال الزوج انى معسر وعلى نفقة المعسرين والقاضي لا يعلم بحاله ذكر في كتاب النكاح ان القول قول الزوج مع يمينه وكذا ذكر القاضي والخصاف وذكر محمد في الزيادات ان القول قول المرأة مع يمينها وأصل هذا انه متى وقع الاختلاف بين الطالب وبين المطلوب في يسار المطلوب واعساره في سائر الديون فالمشايخ اختلفوا فيه منهم من جعل القول قول المطلوب مطلقا ومنهم من جعل القول قول الطالب مطلقاً ومنهم من حكم فيه رأى المطلوب ومحمد فصل فصل بين الامرين فجعل القول قول الطالب في البعض وقول المطلوب في البعض وذكر في الفصل أصلا يوجب أن يكون القول في النفقة قول المرأة وكذا فصل الخصاف لكنه ذكر أصلا يقتضي أن يكون القول في النفقة قول الزوج وبيان الاصلين وذكر الحجج يأتي في كتاب الحبس ان شاء الله تعالى فان أقامت المرأة البينة على يساره قبلت بينتها وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينتها لانها مثبتة وبينة الزوج لا تثبت شيئا ولو فرض القاضي لها نفقة شهر وهو معسر ثم أيسر قبل تمام الشهر يزيدها في الفرض لان النفقة تختلف باختلاف اليسار والاعسار وكذلك لو فرض لها فريضة للوقت والسعر رخيص ثم غلا فلم يكفها ما فرض لها فانه يزيدها في الفرض لان الواجب كفاية الوقت وذلك يختلف باختلاف السعر ولو فرض لها نفقة شهر فدفعها الزوج اليها ثم ضاعت قبل تمام الشهر فليس عليه نفقة أخرى حتى يمضى الشهر وكذا اذا كساها الزوج فضاعت الكسوة قبل تمام المدة فلا كسوة لها عليه حتى تمضى المدة التي أخذت لها الكسوة بخلاف نفقة الاقارب فان هناك يجبر على نفقة أخرى وكسوة أخرى لتمام المدة التي أخذ لها الكسوة اذا حلف انها ضاعت ووجه الفرق ان تلك النفقة تجب للحاجة ألا ترى انها لا تجب الا للمحتاج وقد تحققت الحاجة الى نفقة أخرى وكسوة أخرى ووجوب هذه النفقة ليس معلولا بالحاجة بدليل انها تجب للموسرة الا ان لها شبها بالاعواض وقد جعلت عوضا عن الاحتباس في جميع الشهر فلا يلزمه عوض آخر في هذه المدة ولو فرض القاضي لها نفقة أو كسوة فمضى الوقت الذي أخذت له وقد بقيت تلك النفقة أو الكسوة بان أكلت من مال آخر أو لبست ثوبا آخر فلها عليه نفقة أخرى وكسوة أخرى بخلاف نفقة الاقارب والفرق ماذكرنا ان نفقة الاقارب تجب بعلة الحاجة صلة محضة ولا حاجة عند بقاء النفقة والكسوة ونفقة الزوجات لا تجب لمكان الحاجة وانما تجب جزاء على الاحتباس لكن لها شبهة العوضية عن الاحتباس وقد جعلت عوضا في هذه المدة وهي محتبسة بعد مضى هذه المدة بحبس آخر فلا بد لها من عوض آخر ولو قدمت نفقتها قبل مضى المدة التي لها أخذت أو تخرق الثوب فلا نفقة لها على الزوج ولا كسوة حتى تمضى المدة بخلاف نفقة الاقارب وكسوتهم والفرق نحو ماذكرنا والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء في كيفية وجوبها قال أصحابنا انها تجب على وجه لا يصير دينا في ذمة الزوج الا بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين فان لم يوجد أحد هذين تسقط بمضى الزمان وقال الشافعي انها تصير دينا في الذمة من غير قضاء القاضي ولا رضاه ولا تسقط بمضى الزمان فيقع الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان ان الفرض من القاضي أو التراضي هل هو شرط صيرورة هذه النفقة دينا في ذمة الزوج أم لا وفي بيان شرط جواز فرضها من القاضي على الزوج اذا كان شرطا وفي بيان حكم صيرورتها دينا في ذمة الزوج أما الاول فهو على الاختلاف الذي ذكرنا احتج الشافعي بقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى كلمة ايجاب فقد أخبر سبحانه وتعالى عن وجوب النفقة والكسوة مطلقا عن الزمان وقوله عز وجل لينفق ذو سعة

من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله أمر تعالى بالانفاق مطلقا عن الوقت ولان النفقة قد وجبت والاصل ان ما وجب على انسان لا يسقط الا بالايصال أو بالابراء كسائر الواجبات ولانها وجبت عوضا الوجوبها بمقابلة المتعة فبقيت في الذمة من غير قضاء كالمهر والدليل عليه ان الزوج يجبر على تسليم النفقة ويحبس عليها والصلة لا تحتمل الحبس والجبر ولنا ان هذه النفقة تجرى مجرى الصلة وان كانت تشبه الاعواض لكنها ليست بعوض حقيقة لانها لو كانت عوضا حقيقة فاما ان كانت عوضا عن نفس المتعة وهي الاستمتاع واما ان كانت عوضا عن ملك المتعة وهي الاختصاص بها لا سبيل الى الاول لان الزوج ملك متعتها بالعقد فكان هو بالاستمتاع متصرفا في ملك نفسه باستيفاء منافع مملوكة له ومن تصرف في ملك نفسه لا يلزمه عوض لغيره ولا وجه للثاني لان ملك المتعة قد قوبل بعوض مرة فلا يقابل بعوض آخر فخلت النفقة عن معوض فلا يكون عوضا حقيقة بل كانت صلة ولذلك سماها الله تعالى رزقا بقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والرزق اسم للصلة كرزق القاضي والصلات لا تملك بانفسها بل بقرينة تنضم اليها وهي القبض كما في الهبة أو قضاء القاضي لان القاضي له ولاية الالزام في الجملة أو التراضي لان ولاية الانسان على نفسه أقوى من ولاية القاضي عليه بخلاف المهر لانه أوجب بمقابلة ملك المتعة فكان عوضا مطلقا فلا يسقط بمضي الزمان كسائر الديون المطلقة ولا حجة له في الآيتين لان فيهما وجوب النفقة لا بقاؤها واجبة لانهما لا يتعرضان للوقت فلو ثبت البقاء انما يثبت باستصحاب الحال وانه لا يصلح لالزام الخصم وأما قوله ان الاصل فيما وجب على انسان لا يسقط الا بالايصال أو الابراء فنقول هذا حكم الواجب مطلقا لا حكم الواجب على طريق الصلة بل حكمه انه يسقط بمضي الزمان كنفقة الاقارب وأجرة المسكن وقد خرج الجواب عن قوله انها وجبت عوضا وأما الجبر والحبس فالصلة تحتمل ذلك في الجملة فانه يجبر على نفقة الاقارب ويحبس بها وان كانت صلة وكذا من أوصى بان يوهب عبده من فلان بعد موته فمات الموصي فامتنع الوارث من تنفيذ الهبة في العبد يجبر عليه ويحبس بانه وان كانت الهبة صلة فدل ان الجبر والحبس لا ينفيان معنى الصلة وعلى هذا يخرج ما اذا استدانت على الزوج قبل الفرض أو التراضي فانفقت انها لا ترجع بذلك على الزوج بل تكون متطوعة في الانفاق سواء كان الزوج غائبا أو حاضرا لانها لم تصر دينا في ذمة الزوج لعدم شرط صيرورتها دينا في ذمته فكانت الاستدانة الزام الدين الزوج بغير أمره وأمر من له ولاية الامر فلم يصح وكذا اذا أنفقت من مال نفسها لما قلنا وكذا لو أبرأت زوجها من النفقة قبل فرض القاضي والتراضي لا يصح الابراء لانه ابراء عما ليس بواجب والابراء اسقاط واسقاط ما ليس بواجب ممتنع وكذا لو صالحت زوجها على نفقة وذلك لا يكفيها ثم طلبت من القاضي ما يكفيها فان القاضي يفرض لها ما يكفيها لانها حطت ما ليس بواجب والحط قبل الوجوب باطل كالابراء والله أعلم وأما الثاني فلوجوب الفرض على القاضي وجوازه منه شرطان أحدهما طلب المرأة الفرض منه لانه انما يفرض النفقة على الزوج حقا لها فلا بد من الطلب من صاحب الحق والثاني حضرة الزوج حتى لو كان الزوج غائبا فطلبت المرأة من القاضي أن يفرض لها عليه نفقة لم يفرض وان كان القاضي عالما بالزوجية وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قول شريح وقد كان أبو حنيفة أولا يقول وهو قول ابراهيم النخعي ان هذا ليس بشرط ويفرض القاضي النفقة على الغائب وحجة هذا القول ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف وذلك من النبي صلى الله عليه وسلم كان فرضا للنفقة على أبي سفيان وكان غائبا وحجة القول الاخير ان الفرض من القاضي على الغائب قضاء عليه وقد صح من أصلنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا ان يكون عنه خصم حاضر ولم يوجد وأما الحديث فلا حجة له فيه لان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قال لهند على سبيل الفتوى لا على طريق القضاء بدليل انه لم يقدر لها ما تأخذه من مال أبي سفيان وفرض النفقة من القاضي تقديرها فاذا لم تقدر لم تكن فرضا فلم تكن قضاء تحقيقه ان من يجوز القضاء على الغائب فانما يجوزه اذا كان غائبا

غيبة سفر فاما اذا كان فى المصر فانه لا يجوز بالاجماع لانه لا يعد غائبا وأبو سفيان لم يكن مسافرا فدل ان ذلك كان اعانة لا قضاء فان لم يكن القاضى عالما بالزوجية فسألت القاضى أن يسمع بينتها بالزوجية ويفرض على الغائب قال أبو يوسف لا يسمعها ولا يفرض وقال زفر يسمع ويفرض لها وتستدين عليه فاذا حضر الزوج وأنكر يأمرها باعادة البينة فى وجهه فان فعلت نفذ الفرض وصحت الاستدانة وان لم يفعل لم ينفذ ولم يصح وجه قول زفر ان القاضى انما يسمع هذه البينة لا لاثبات النكاح على الغائب ليقال ان الغيبة تمنع من ذلك بل ليتوصل بها الى الفرض ويجوز سماع البينة فى حق حكم دون حكم كشهادة رجل وامرأتين على السرقة وانها تقبل فى حق المال ولا تقبل فى حق القطع كذا ههنا تقبل هذه البينة فى حق صحة الفرض لا فى اثبات النكاح فاذا حضر وأنكر استعاد منها البينة فان أعادت نفذ الفرض وصحت الاستدانة عليه والا فلا والصحيح قول أبى يوسف لان البينة على أصل أصحابنا لا تسمع الا على خصم حاضر ولا خصم فلا تسمع وما ذكره زفر ان بينتها تقبل فى حق صحة الفرض غير سديد لان صحة الفرض مبنية على ثبوت الزوجية فاذا لم يكن الى اثبات الزوجية بالبينة سبيل لعدم الخصم لم يصح فلا سبيل الى القبول فى حق صحة الفرض ضرورة هذا اذا كان الزوج غائبا ولم يكن له مال حاضر فاما اذا كان له مال حاضر فان كان المال فى يدها وهو من جنس النفقة فلها ان تنفق على نفسها منه بغير أمر القاضى لحديث أبى سفيان فلو طلبت المرأة من القاضى فرض النفقة فى ذلك المال وعلم القاضى بالزوجية وبالمال فرض لها النفقة لان لها أن تأخذه فتنفق على نفسها من غير فرض القاضى فلم يكن الفرض من القاضى فى هذه الصورة قضاء بل كان اعانة لها على استيفاء حقها وان كان فى يد مودعه أو مضارب به أو كان له دين على غيره فان كان صاحب اليد مقرا بالوديعة والزوجية أو كان من عليه الدين مقرا بالدين والزوجية أو كان القاضى عالما بذلك فرض لها فى ذلك المال نفقتها فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يفرض وجه قوله ان هذا قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر اذ المودع ليس بخصم عن الزوج وكذا المديون فلا يجوز ولنا ان صاحب اليد وهو المودع اذا أقر بالوديعة والزوجية أو أقر المديون بالدين والزوجية فقد أقر ان لها حق الاخذ والاستيفاء لان للزوجة أن تمد يدها الى مال زوجها فتأخذ كفايتها منه لحديث امرأة أبى سفيان فلم يكن القاضى فرض لها النفقة فى ذلك المال قضاء بل كان اعانة لها على أخذ حقها وله على احياء زوجته فكان له ذلك وان جحد أحد الامرين ولا علم للقاضى به لم يسمع البينة ولم يفرض لان سماع البينة والفرض يكون قضاء على الغائب من غير خصم حاضر لانه ان أنكر الزوجية لا يمكنها اقامة البينة على الزوجية لان المودع ليس بخصم عنه فى الزوجية وان انكر الوديعة أو الدين لا يمكنها اقامة البينة على الوديعة والدين لانها ليست بخصم عن زوجها فى اثبات حقوقه فكان سماع البينة على ذلك قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وذلك غير جائز عندنا هذا اذا كانت الوديعة والدين من جنس النفقة بان كانت دراهم أو دنانير أو طعاما أو ثيابا من جنس كسوتها فاما اذا كان من جنس آخر فليس لها أن تتناول شيأ من ذلك وان طلبت من القاضى فرض النفقة فيه فان كان عقارا لا يفرض القاضى النفقة فيه بالاجماع لانه لا يمكن ايجاب النفقة فيه الا بالبيع ولا يباع العقار على الغائب فى النفقة بالاتفاق وان كان منقولا من العروض فقد ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى الخلاف فيه فقال القاضى لا يبيع العروض عليه فى قول أبى حنيفة وعندهما له ان يبيعها عليه وهى مسئلة الحجر على الحر العاقل البالغ وذكر القدورى المسئلة على الاتفاق فقال القاضى انما يبيع على أصلهما على الحاضر الممتنع عن قضاء الدين لكونه ظالما فى الامتناع دفعا للظلم والغائب لا يعلم امتناعه فلا يعلم ظلمه فلا يباع عليه واذا فرض القاضى لها النفقة فى شىء من ذلك وأخذ منها كفيلا فهو حسن لاحتمال أن يحضر الزوج فيقيم البينة على طلاقها أو على ايفاء حقها فى النفقة عاجلا فينبغى أن يستوثق فيما يعطيها بالكفالة ثم اذا رجع الزوج ينظر ان كان لم يعجل لها النفقة فقد مضى الامر وان كان قد عجل وأقام البينة على ذلك أو لم يقم له بينة واستحلفها فنكلت فهو بالخيار ان شاء أخذ من المرأة وان شاء أخذ من الكفيل

ولو أقرت المرأة انها كانت قد تعجلت النفقة من الزوج فان الزوج يأخذ منها ولا يأخذ من الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر فى حقها لا فى حق الكفيل ولو طلبت الزوجة من الحاكم أن يدفع مهرها ونفقتها من الوديعة والدين لم يفعل ذلك وان كان عالما بهما لان القضاء بالنفقة فى الوديعة والدين كان نظرا للغائب لما فى الانفاق من احياء زوجته بدفع الهلاك عنها والظاهر انه يرضى بذلك وهذا المعنى لا يوجد فى المهر والدين ولو كان الحاكم فرض لها على الزوج النفقة قبل غيبته فطلبت من الحاكم أن يقضى لها بنفقة ماضية فى الوديعة والدين قضى لها بذلك لانه لما جاز القضاء بالنفقة فى الوديعة والدين يستوى فيه الماضى والمستقبل لان طريق الجواز لا يختلف وكذلك اذا كان للغائب مال حاضر وهو من جنس النفقة وله أولاد صغار فقراء وكبار ذكور زمنى فقراء أو اناث فقيرات ووالدان فقيران فان كان المال فى أيديهم فلهم أن ينفقوا منه على أنفسهم وان طلبوا من القاضى فرض النفقة منه فرض لان الفرض منه يكون اعانة لا قضاء وان كان المال فى يد مودعه أو كان دينا على انسان فرض القاضى نفقتهم منه وكذلك اذا أقر المودع والمديون بالوديعة والدين والنسب أو علم القاضى بذلك لان نفقة الوالدين والمولودين تجب بطريق الاحياء لان الانسان يرضى باحياء كله وجزئه من ماله ولهذا كان لاحدهما أن يمد يده الى مال الآخر عند الحاجة ويأخذه من غير قضاء ولا رضا وقد تحققت الحاجة ههنا فكان للقاضى أن يفرض ذلك من طريق الاعانة لصاحب الحق وان جحدهما أو أحدهما ولا علم للقاضى به لم يفرض لما ذكرنا فى الزوجة ولا يفرض لغيرهما ولا من ذوى الرحم المحرم نفقتهم فى مال الغائب لان نفقتهم من طريق الصلة المحضة اذ ليس لهم حق فى مال الغائب أصلا ألا ترى انه ليس لاحد أن يمد يده الى مال صاحبه فيأخذه وان مست حاجته من غير قضاء القاضى فكان الفرض قضاء على الغائب من غير خصم حاضر فلا يجوز وان لم يكن المال من جنس النفقة فليس لهم أن يبيعوا بأنفسهم وليس للقاضى ان يبيع على الغائب فى النفقة على هؤلاء العقار بالاجماع والحكم فى العروض ما بينا من الاتفاق أو الاختلاف وفى بيع الاب العروض خلاف نذكره فى نفقة المحارم وأما يسار الزوج فليس بشرط لوجوب الفرض حتى لو كان معسرا وطلبت المرأة الفرض من القاضى فرض عليه اذا كان حاضرا وتستدين عليه فتنفق على نفسها لان الاعسار لا يمنع وجوب هذه النفقة فلا يمنع الفرض واذا طلبت المرأة من القاضى فرض النفقة على زوجها الحاضر فان كان قبل النقلة وهى بحيث لا تمتنع من التسليم لو طالبها بالتسليم أو كان امتناعها بحق فرض القاضى لها اعانة لها على الوصول الى حقها الواجب لوجود سبب الوجوب وشرطه وان كان بعد ما حولها الى منزله فزعمت انه ليس ينفق عليها أو شكت التضييق فى النفقة فلا ينبغى له انه يعجل بالفرض ولكنه يأمره بالنفقة والتوسيع فيها لان ذلك من باب الامساك بالمعروف وانه مأمور به ويتأنى فى الفرض ويتولى الزوج الانفاق بنفسه قبل الفرض الى ان يظهر ظلمه بالترك والتضييق فى النفقة فحينئذ يفرض عليه نفقة كل شهر ويأمره أن يدفع النفقة اليها لتنفق هى بنفسها على نفسها ولو قالت أيها القاضى انه يريد أن يغيب فخذ لى منه كفيلا بالنفقة لا يجبره القاضى على اعطاء الكفيل لان نفقة المستقبل غير واجبة للحال فلا يجبر على الكفيل بما ليس بواجب يحققه انه لا يجبر على التكفيل بدين واجب فكيف بغير الواجب والى هذا أشار أبو حنيفة فقال لا أوجب عليه كفيلا بنفقة لم تجب لها بعد وقال أبو يوسف أستحسن ان آخذ لها منه كفيلا بنفقة أشهر لانا نعلم بالعادة ان هذا القدر يجب فى السفر لان السفر يمتد الى شهر غالبا والجواب ان نفقة الشهر لا تجب قبل الشهر فكان تكفيلا بما ليس بواجب فلا يجبر عليه ولكن لو أعطاها كفيلا جاز لان الكفالة بما يذوب على فلان جائزة وأما الثالث وهو بيان حكم صيرورة هذه النفقة دينا فى ذمة الزوج فنقول اذا فرض القاضى لها نفقة كل شهر أو تراضيا على ذلك ثم منعها الزوج قبل ذلك أشهرا غائبا كان أو حاضرا فلها ان تطالبه بنفقة ما مضى لانها لما صارت دينا بالفرض أو التراضى صارت فى استحقاق المطالبة بها كسائر الديون بخلاف نفقة الاقارب اذا مضت المدة ولم تؤخذ انها تسقط لانها لا تصير دينا رأسا لان وجوبها

للكفاية وقد حصلت الكفاية فيما مضى فلا يبقى الواجب كما لو استغنى بماله فاما وجوب هذه النفقة فليس للكفاية وان كانت مقدرة بالكفاية ألا ترى انها تجب مع الاستغناء بان كانت موسرة وليس فى مضى الزمان الا الاستغناء فلا يمنع بقاء الواجب ولو أنفقت من مالها بعد الفرض أو التراضى لها انه ترجع على الزوج لان النفقة صارت دينا عليه وكذلك اذا استدانت على الزوج لما قلنا سواء كانت استدانتها باذن القاضى أو بغير اذنه غير انها ان كانت بغير اذن القاضى كانت المطالبة عليها خاصة ولم يكن للغريم ان يطالب الزوج بما استدانت وان كانت باذن القاضى لها ان تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين وهو فائدة اذن القاضى بالاستدانة ولو فرض الحاكم النفقة على الزوج فامتنع من دفعها وهو موسر وطلبت المرأة حبسه لها ان تحبسه لان النفقة لما صارت دينا عليه بالقضاء صارت كسائر الديون الا انه لا ينبغى ان يحبسه فى أول مرة تقدم اليه بل يؤخر الحبس الى مجلسين أو ثلاثة يعظه فى كل مجلس يقدم اليه فان لم يدفع حبسه حينئذ كما فى سائر الديون لما نذكر فى كتاب الحبس ان شاء الله تعالى واذا حبس فلا يعجل النفقة فما كان من جنس النفقة سلمه القاضى اليها بغير رضاه بالاجماع وما كان من خلاف الجنس لا يبيع عليه شيأ من ذلك ولكن يأمره أن يبيع بنفسه وكذا فى سائر الديون فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يبيع عليه وهى مسئلة الحجر على الحر العاقل البالغ نذكرها فى كتاب الحجر ان شاء الله تعالى فان ادعى الزوج انه قد أعطاها النفقة وأنكرت فالقول قولها مع يمينها لان الزوج يدعى قضاء دين عليه وهى منكرة فيكون القول قولها مع يمينها كما فى سائر الديون ولو أعطاها الزوج مالا فاختلفا فقال الزوج هو من المهر وقالت هى هو من النفقة فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لان التمليك منه فكان هو أعرف بجهة التمليك كما لو بعث اليها شيأ فقالت هو هدية وقال هو من المهر ان القول فيه قوله الا فى الطعام الذى يؤكل لما قلنا كذا هذا ولو كان للزوج عليها دين فاحتسبت عن نفقتها جاز لكن برضا الزوج لان التقاص انما يقع بين الدينين المتماثلين ألا ترى انه لا يقع بين الجيد والردىء ودين الزوج أقوى بدليل انه لا يسقط بالموت ودين النفقة يسقط بالموت فاشبه الجيد بالردىء فلا بد من المقاصة بخلاف غيرها من الديون والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها دينا فى ذمة الزوج فالمسقط لها بعد الوجوب قبل صيرورتها دينا فى الذمة واحد وهو مضى الزمان من غير فرض القاضى والتراضى وأما المسقط لها بعد صيرورتها دينا فى الذمة فأمور منها الابراء عن النفقة الماضية لانها لما صارت دينا فى ذمته كان الابراء اسقاطا لدين واجب فيصح كما فى سائر الديون ولو أبرأته عما يستقبل من النفقة المفروضة لم يصح الابراء لانها تجب شيأ فشيأ على حسب حدوث الزمان فكان الابراء منها اسقاط الواجب قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب أيضا وهو حق الحبس لانه لا يتجدد بتجدد الزمان فلم يصح وكذا يصح هبة النفقة الماضية لان هبة الدين يكون ابراء عنه فيكون اسقاط دين واجب فيصح ولا تصح هبة ما يستقبل لما قلنا ومنها موت أحد الزوجين حتى لو مات الرجل قبل اعطاء النفقة لم يكن للمرأة أن تأخذها من ماله ولو ماتت المرأة لم يكن لورثتها أن يأخذوا لما ذكرنا انها تجرى مجرى الصلة والصلة تبطل بالموت قبل القبض كالهبة فان كان الزوج أسلفها نفقتها وكسوتها ثم مات قبل مضى ذلك الوقت لم ترجع ورثته عليها بشىء فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف سواء كان قائما أو مستهلكا وكذلك لو ماتت هى لم يرجع الزوج فى تركتها عندهما وقال محمد لها حصة ما مضى من النفقة والكسوة ويجب رد الباقى ان كان قائما وان كان هالكا فلا شىء بالاجماع وروى ابن رستم عن محمد انها ان كانت قبضت نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشىء وان كان المفروض أكثر من ذلك يرفع عنها نفقة شهر وردت ما بقى وجه هذه الرواية ان الشهر فما دونه فى حكم القليل فصار كنفقة الحال وما زاد عليه فى حكم الكثير فيثبت به الرجوع كالدين وجه ظاهر قول محمد ان هذه النفقة تشبه الاعواض فتسلم لها بقدر ما سلم للزوج من المعوض كالاجارة اذا عجل المستأجر الاجرة ثم مات أحدهما

قبل تمام المدة وجه قوله ان هذه صلة اتصل بها القبض فلا يثبت فيها الرجوع بعد الموت كسائر الصلات المقبوضة وأما قوله انها تشبه الاعواض فنعم لكن بوصفها لا بأصلها بل هي صلة باصلها ألا ترى انها تسقط بالموت قبل القبض بلا خلاف بين أصحابنا لاعتبار معنى الصلة فيراعى فيها المعنيان جميعا فراعينا معنى الاصل بعد القبض فقلنا انها لا تبطل بالموت بعد القبض فلا يثبت فيها الرجوع اعتبار اللاصل و راعينا معنى الوصف قبل القبض فقلنا انها تبطل بالموت قبل القبض كالصلات و راعينا معنى الوصف بعد القبض فقلنا لا يثبت فيها الرجوع كالاعواض اعتبار الاصل والوصف جميعا على ما هو الاصل في العمل بالشبهين عند الامكان والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما نفقة الاقارب فالكلام فيها أيضا يقع في المواضع التي ذكرناها في نفقة الزوجات وهي بيان وجوب هذه النفقة وسبب وجوبها وشرط الوجوب ومقدار الواجب وكيفية الوجوب وما يسقطها بعد الوجوب أما الاول وهو بيان الوجوب فلا يمكن الوصول اليه الا بعد معرفة أنواع القرابات فنقول و بالله التوفيق القرابة في الاصل نوعان قرابة الولادة وقرابة غير الولادة وقرابة غير الولادة نوعان أيضا قرابة محرمة للنكاح كالاخوة والعمومة والخؤولة وقرابة غير محرمة للنكاح كقرابة بني الاعمام والاخوال والخالات ولا خلاف في وجوب النفقة في قرابة الولاد وأما نفقة الوالدين فلقوله عز وجل وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه و بالوالدين احسانا أي أمر ربك وقضى أن لا تعبدوا الا اياه أمر سبحانه وتعالى ووصى بالوالدين احسانا والانفاق عليهما حال فقرهما من أحسن الاحسان وقوله عز وجل ووصينا الانسان بوالديه حسنا وقوله تعالى أن اشكر لي ولوالديك والشكر للوالدين هو المكافأة لهما أمر سبحانه وتعالى الولد أن يكافئ لهما ويجازي بعض ما كان منهما اليه من التربية والبر والعطف عليه والوقاية من كل شر ومكروه وذلك عند عجزهما عن القيام بأمر أنفسهما والحوائج لهما وادرار النفقة عليهما حال عجزهما وحاجتهما من باب شكر النعمة فكان واجبا وقوله عز وجل وصاحبهما في الدنيا معروفا وهذا في الوالدين الكافرين فالمسلمان أولى والانفاق عليهما عند الحاجة من أعرف المعروف وقوله عز وجل ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما وانه كناية عن كلام فيه ضرب ايذاء ومعلوم أن معنى التأذي بترك الانفاق عليهما عند عجزهما وقدرة الولد أكثر فكان النهي عن التأفيف نهيا عن ترك الانفاق دلالة كما كان نهيا عن الشتم والضرب دلالة و روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه ابوه فقال يارسول الله ان لي مالا وان لي أبا وله مال وان أبي يريد أن يأخذ مالي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك أضاف مال الابن الى الاب بلام التمليك وظاهره يقتضي أن يكون للاب في مال ابنه حقيقة الملك فان لم تثبت الحقيقة فلا أقل من أن يثبت له حق التمليك عند الحاجة وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فكلوا من كسب أولادكم اذا احتجتم اليه بالمعروف والحديث حجة باوله وآخره أما بآخره فظاهر لانه صلى الله عليه وسلم أطلق للاب الاكل من كسب ولده اذا احتاج اليه مطلقا عن شرط الاذن والعوض فوجب القول به وأما باوله فلان معنى قوله وان ولده من كسبه أي كسب ولده من كسبه لانه جعل كسب الرجل أطيب المأكول والمأكول كسبه لا نفسه واذا كان كسب ولده كسبه كانت نفقته فيه لان نفقة الانسان في كسبه ولان ولده لما كان من كسبه كان كسب ولده ككسبه وكسب كسب الانسان كسبه ككسب عبده المأذون فكانت نفقته فيه وأما نفقة الولد فلقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن أي رزق الوالدات المرضعات فان كان المراد من الوالدات المرضعات المطلقات المنقضيات العدة ففيها ايجاب نفقة الرضاع على المولود له وهو الاب لاجل الولد كما في قوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وان كان المراد منهن المنكوحات أو المطلقات المعتدات فانما ذكر النفقة والكسوة في حال الرضاع وان كانت المرأة تستوجب ذلك من غير ولد لانها تحتاج الى فضل اطعام وفضل كسوة لمكان الرضاع ألا ترى أن لها أن تفطر لاجل الرضاع اذا كانت صائمة لزيادة حاجتها الى الطعام بسبب

الولدولان الانفاق عند الحاجة من باب احياء المنفق عليه والولد جزء الوالد واحياء نفسه واجب كذا احياء جزئه واعتبار هذا المعنى يوجب النفقة من الجانبين ولان هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالاجماع والانفاق من باب الصلة فكان واجبا وتركه مع القدرة للمنفق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدى الى القطع فكان حراما واختلف فى وجوبها فى القرابة المحرمة للنكاح سوى قرابة الولادة قال أصحابنا تجب وقال مالك والشافعى لا تجب غير أن مالكا يقول لا نفقة الا على الاب للابن والابن للاب حتى قال لا نفقة على الجد لابن الابن ولا على ابن الابن للجد وقال الشافعى تجب على الوالدين والمولودين والكلام فى هذه المسئلة بناء على أن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع عندنا خلافا لهما وعلى هذا ينبنى العتق عند الملك ووجوب القطع بالسرقة وهى من مسائل العتاق نذكرها هناك ان شاء الله تعالى ثم الكلام فى المسئلة على سبيل الابتداء احتج الشافعى فقال ان الله تعالى أوجب النفقة على الاب لا غير بقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فمن كان مثل حاله فى القرب يلحق به والا فلا ولا يقال ان الله تعالى قال وعلى الوارث مثل ذلك لان ابن عباس رضى الله عنه صرف قوله ذلك ترك المضارة لا الى النفقة والكسوة فكان معناه لا يضار الوارث باليتيم كما لا تضار الوالدة والمولود له بولدهما ولنا قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وروى عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت رضى الله عنهما وجماعة من التابعين أنه معطوف على النفقة والكسوة لا غير لا على ترك المضارة ومعناه وعلى الوارث مثل ما على المولود له من النفقة والكسوة ومصداق هذا التأويل أنه لو جعل عطفا على هذا لكان عطف الاسم على الاسم وانه شائع ولو عطف على ترك المضارة لكان عطف الاسم على الفعل فكان الاول أولى ولانه لو جعل عطفا على قوله لا تضار لكان من حق الكلام أن يقول والوارث مثل ذلك وجماعة من أهل التأويل عطفوا على الكل من النفقة والكسوة وترك المضارة لان الكلام كله معطوف بعضه على بعض بحرف الواو وانه حرف جمع فيصير الكل مذكورا فى حالة واحدة فينصرف قوله ذلك الى الكل أى على الوارث مثل ذلك من النفقة والكسوة وانه لا يضارها ولا تضاره فى النفقة وغيرها وبه تبين رجحان هذين التأويلين على تأويل ابن عباس رضى الله عنهما على أن ما قاله ابن عباس ومن تابعه لا ينفى وجوب النفقة على الوارث بل يوجب لان قوله تعالى لا تضار والدة بولدها نهى سبحانه وتعالى عن المضارة مطلقا فى النفقة وغيرها فاذا كان معنى اضرار الوالد الوالدة بولدها بترك الانفاق عليها أو بانتزاع الولد منها وقد أمر الوارث بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك أنه لا يضارها فانما يرجع ذلك الى مثل ما لزم الاب وذلك يقتضى أن يجب على الوارث أن يسترضع الوالدة باجرة مثلها ولا يخرج الولد من يدها الى يد غيرها اضرارا بها واذا ثبت هذا فظاهر الآية يقتضى وجوب النفقة والكسوة على كل وارث أو على مطلق الوارث الا من خص أو قيد بدليل وأما القرابة التى ليست بمحرمة للنكاح فلا نفقة فيها عند عامة العلماء خلافا لابن أبى ليلى واحتج بظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك من غير فصل بين وارث ووارث وانا نقول المراد من الوارث الاقارب الذى له رحم محرم لا مطلق الوارث عرفنا ذلك بقراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك ولان وجوبها فى القرآن العظيم معلولا بكونها صلة الرحم صيانة لها عن القطيعة فيختص وجوبها بقرابة يجب وصلها ويحرم قطعها ولم توجد فلا تجب ولهذا لا يثبت العتق عند الملك ولا يحرم النكاح ولا يمنع وجوب القطع بالسرقة والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما سبب وجوب هذه النفقة اما نفقة الولادة فسبب وجوبها هو الولادة لان به تثبت الجزئية والبعضية والانفاق على المحتاج احياء له ويجب على الانسان احياء كله وجزئه وان شئت قلت سبب نفقة الاقارب فى الولاد وغيرها من الرحم المحرم هو القرابة المحرمة للقطع لانه اذا حرم قطعها يحرم كل سبب مفض الى القطع وترك الانفاق من ذى الرحم المحرم مع قدرته وحاجة المنفق عليه تفضى الى قطع الرحم فيحرم الترك واذا حرم الترك وجب الفعل ضرورة واذا عرف هذا فنقول الحال فى القرابة الموجبة للنفقة لا يخلو اما ان كانت حال الانفراد واما ان كانت حال

الاجماع فان كانت حال الانفراد بان لم يكن هناك ممن تجب عليه النفقة الا واحد تجب كل النفقة عليه عند استجماع شرائط الوجوب لوجود سبب وجوب كل النفقة عليه وهو الولاد والرحم المحرم وشرطه من غير مزاحم وان كانت حال الاجتماع فالاصل أنه متى اجتمع الاقرب والابعد فالنفقة على الاقرب فى قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم فان استويا فى القرب ففى قرابة الولاد يطلب الترجيح من وجه آخر وتكون النفقة على من وجد فى حقه نوع رجحان فلا تنقسم النفقة عليهما على قدر الميراث وان كان كل واحد منهما وارثا وان لم يوجد الترجيح فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما وأما فى غيرها من الرحم المحرم فان كان الوارث أحدهما والآخر محجوبا فالنفقة على الوارث ويرجح بكونه وارثا وان كان كل واحد منهما وارثا فالنفقة عليهما على قدر الميراث وانما كان كذلك لان النفقة فى قرابة الولاد تجب بحق الولادة لا بحق الوراثة قال الله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف علق سبحانه وتعالى وجوبها باسم الولادة وفى غيرها من الرحم المحرم تجب بحق الوراثة لقوله عز وجل وعلى الوارث مثل ذلك علق سبحانه وتعالى الاستحقاق بالارث فتجب بقدر الميراث ولهذا قال أصحابنا ان من أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولو أوصى لولد فلان كان الذكر والانثى فيه سواء فدل به ماذكرنا وبيان هذا الاصل اذا كان له ابن وابن ابن فالنفقة على الابن لانه أقرب ولو كان الابن معسرا وابن الابن موسرا فالنفقة على الابن أيضا اذا لم يكن زمنا لانه هو الاقرب ولا سبيل الى ايجاب النفقة على الابعد مع قيام الاقرب الا ان القاضى يأمر ابن الابن بانه يؤدى عنه على ان يرجع عليه اذا أيسر فيصير الابعد نائبا عن الاقرب فى الاداء ولو أدى بغير أمر القاضى لم يرجع ولو كان له أب وجد فالنفقة على الاب لا على الجد لان الاب أقرب ولو كان الاب معسرا والجد موسرا فنفقته على الاب أيضا اذا لم يكن زمنا لكن يؤمر الجد بان ينفق ثم يرجع على الاب اذا أيسر ولو كان له أب وابن ابن فنفقته على الاب لانه أقرب الا انه اذا كان الاب معسرا غير زمن وابن الابن موسرا فانه يؤدى عن الاب بامر القاضى ثم يرجع عليه اذا أيسر ولو كان له أب وابن فنفقته على الابن لا على الاب وان استويا فى القرب والوراثة ويرجح الابن بالايجاب عليه لكونه كسب الاب فيكون له حقا فى كسبه وكون ماله مضافا اليه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك ولا يشارك الولد فى نفقة والده أحد لما قلنا وكذا فى نفقة والدته لعدم المشاركة فى السبب وهو الولادة والاختصاص بالسبب يوجب الاختصاص بالحكم وكذا لا يشارك الانسان أحد فى نفقة جده وجدته عند عدم الاب والام لان الجد يقوم مقام الاب عند عدمه والجدة تقوم مقام الام عند عدمها ولو كان له ابنان فنفقته عليهما على السواء وكذا اذا كان له ابن وبنت ولا يفضل الذكر على الانثى فى النفقة لاستوائهما فى سبب الوجوب وهو الولاد ولو كان له بنت وأخت فالنفقة على البنت لان الولاد لها وهذا يدل على ان النفقة لا تعتبر بالميراث لان الاخت ترث مع البنت ولا نفقة عليها مع البنت ولا تجب على بالابن نفقة منكوحة أبيه لانها أجنبية عنه الا ان يكون الاب محتاجا الى من يخدمه فحينئذ يجب عليه نفقة امرأته لانه يؤمر بخدمة الاب بنفسه أو بالاجير ولو كان للصغير أبوان فنفقته على الاب لا على الام بالاجماع وان استويا فى القرب والولاد ولا يشارك الاب فى نفقة ولده أحد لان الله تعالى خص الاب بتسميته بكونه مولودا له وأضاف الولد اليه بلام الملك وخصه بايجاب نفقة الولد الصغير عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن أى رزق الوالدات المرضعات سمى الام والدة والاب مولودا له وقال عز وجل فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن خص سبحانه وتعالى الاب بايتاء أجر الرضاع بعد الطلاق وكذا أوجب فى الآيتين كل نفقة الرضاع على الاب لولده الصغير وليس وراء الكل شىء ولا يقال ان الله عز وجل قال وعلى المولود له رزقهن ثم قال وعلى الوارث مثل ذلك والام وارثة فيقتضى ان تشارك فى النفقة كسائر الورثة من ذوى الرحم المحرم ولكن قال أوصيت لفلان من مالى بألف درهم وأوصيت لفلان مثل ذلك ولم تخرج الوصيتان من الثلث أنهما يشتركان فيه كذا هذا لانا نقول لما جعل الله عز وجل كل النفقة على الاب بقوله وعلى المولود له رزقهن تعذر ايجابها على الام

حال

حال قيام الاب فيحمل على حال عدمه ليكون عملا بالنص من كل وجه فى الحالين ولم يوجد مثل هذا فى سائر ذوى الرحم المحرم وفى باب الوصية لا يمكن العمل بكل واحدة من الوصيتين فى حالين وقد ضاق المحل عن قبولهما فى حالة واحدة فلزم القول بالشركة ضرورة ولو كان الاب معسرا غير عاجز عن الكسب والام موسرة فالنفقة على الاب لكن تؤمر الام بالنفقة ثم ترجع بها على الاب اذا أيسر لانها تصير دينا فى ذمته اذا أنفقت بامر القاضى ولو كان للصغير أب وأم فالنفقة على الاب والحضانة على الجدة لان الام لما لم تشارك الاب فى نفقة ولده الصغير مع قربها فالجدة مع بعدها أولى هذا اذا كان الولد صغيرا فقيرا وله أبوان موسران فاما اذا كان كبيرا وهو ذكر فقير عاجز عن الكسب فقد ذكر فى كتاب النكاح ان نفقته أيضا على الاب خاصة وذكر الخصاف انه على الاب والام أثلاثا ثلثاها على الاب وثلثها على الام وجه ماذكره الخصاف ان الاب انما خص بايجاب النفقة عليه لابنه الصغير لاختصاصه بالولاية وقد زالت ولايته بالبلوغ فيزول الاختصاص فتجب عليهما على قدر ميراثهما وجه رواية كتاب النكاح ان تخصيص الاب بالايجاب حال الصغر لاختصاصه بتسميته بكونه مولودا له وهذا ثابت بعد الكبر فيختص بنفقته كالصغير واعتبار الولاية والارث فى هذه النفقة غير سديد لانها تجب مع اختلاف الدين ولا ولاية ولا ارث عند اختلاف الدين ولا يشارك الجد أحد فى نفقة ولد ولده عند عدم ولده لانه يقوم مقام ولده عند عدمه ولا يشارك الزوج فى نفقة زوجته أحد لانه لا يشاركه أحد فى سبب وجوبها وهو حق الحبس الثابت بالنكاح حتى لو كان لها زوج معسر وابن موسر من غير هذا الزوج او أب موسر أو أخ موسر فنفقتها على الزوج لا على الاب والابن والاخ لكن يؤمر الاب أو الابن أو الاخ بان ينفق عليها ثم يرجع على الزوج اذا أيسر ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لانهما فى القرابة والوراثة سواء ولا ترجيح لاحدهما على الآخر من وجه آخر فكانت النفقة عليهما على قدر الميراث السدس على الجد والباقى على ابن الابن كالميراث ولو كان له أم وجد كانت النفقة عليهما أثلاثا الثلث على الام والثلثان على الجد على قدر ميراثهما وكذلك اذا كان له أم وأخ لاب وأم أو لاب أو ابن أخ لاب وأم أو لاب أو عم لام وأب أو لاب كانت النفقة عليهما أثلاثا ثلثها على الام والثلثان على الاخ وابن الاخ والعم وكذلك اذا كان له أخ لاب وأم وأخت لاب وأم كانت النفقة عليهما أثلاثا على قدر ميراثهما ولو كان له أخ لاب وأم وأخ لام فالنفقة عليهما أسداسا سدسها على الاخ لام وخمسة أسداسها على الاخ لاب وأم ولو كان له جد وجدة كانت النفقة عليهما أسداسا على قدر الميراث ولو كان له عم وعمة فالنفقة على العم لانهما استويا فى القرابة المحرمة للقطع والعم هو الوارث فيرجح بكونه وارثا وكذلك لو كان له عم وخال لما قلنا ولو كان له عمة وخالة أو خال فالنفقة عليهما أثلاثا ثلثاها على العمة والثلث على الخال أو الخالة ولو كان له خال وابن عم فالنفقة على الخال لا على ابن العم لانهما ما استويا فى سبب الوجوب وهو الرحم المحرم للقطع اذ الخال هو ذو الرحم المحرم واستحقاق الميراث للترجيح والترجيح يكون بعد الاستواء فى ركن العلة ولم يوجد ولو كان له عمة وخالة وابن عم فعلى الخالة الثلث وعلى العمة الثلثان لاستوائهما فى سبب استحقاق الارث فيكون النفقة بينهما على قدر الميراث ولا شىء على ابن العم لانعدام سبب الاستحقاق فى حقه وهو القرابة المحرمة القطع ولو كان له ثلاث اخوات متفرقات وابن عم فالنفقة على الاخوات على خمسة أسهم ثلاثة أسهم على الاخت لاب وأم وسهم على الاخت لام وسهم على الاخت لاب على قدر الميراث ولا يعتد بابن العم فى النفقة لانعدام سبب الاستحقاق فى حقه فيلحق بالعدم كانه ليس له الا الاخوات وميراثه لهن على خمسة أسهم كذا النفقة عليهن ولو كان له ثلاثة اخوة متفرقين فالنفقة على الاخ للاب والام وعلى الاخ للام على قدر الميراث أسداسا لان الاخ لاب لا يرث معهما فيلحق بالعدم ولو كان له عم وعمة وخالة فالنفقة على العم لان العم مساو لهما فى سبب الاستحقاق وهو الرحم المحرم وفضلهما بكونه وارثا اذ الميراث له لا لهما فكانت النفقة عليه لا عليهما وان كان العم معسرا فالنفقة عليهما لانه يجعل كالميت والاصل فى هذا ان كل من كان يحوز جميع الميراث

وهو معسر يجعل كالميت واذا جعل كالميت كانت النفقة على الباقين على قدر مواريثهم وكل من كان يحوز بعض الميراث لا يجعل كالميت فكانت النفقة على قدر مواريث من يرث معه بيان هذا الاصل رجل معسر عاجز عن الكسب وله ابن معسر عاجز عن الكسب أو هو صغير وله ثلاثة اخوة متفرقين فنفقة الاب على أخيه لابيه وأمه وعلى أخيه لامه أسداسا سدس النفقة على الاخ لام وخمسة أسداسها على الاخ لاب وأم ونفقة الولد على الاخ لاب وأم خاصة لان الاب يحوز جميع الميراث فيجعل كالميت فيكون نفقة الاب على الاخوين على قدر ميراثهما منه وميراثهما من الاب هذا فأما الابن فوارثه العم لاب وأم لا العم لاب ولا العم لام فكانت نفقته على عمه لاب وأم ولو كان للرجل ثلاث أخوات متفرقات كانت نفقته عليهن اخماسا ثلاثة اخماسها على الاخت لاب وأم وخمس على الاخت لاب وخمس على الاخت لام على قدر مواريثهن ونفقة الابن على عمته لاب وأم لانها هي الوارثة منه لا غير ولو كان مكان الابن بنت والمسئلة بحالها فنفقة الاب في الاخوة المتفرقين على أخيه لابيه وأمه وفي الاخوات المتفرقات على أخته لابيه وأمه لان البنت لا تحوز جميع الميراث فلا حاجة الى أن تجعل كالميتة فكان الوارث معها الاخ للاب والام لا غير والاخت لاب وأم لا غير لان الاخ والاخت لام لا يرثان مع الولد والاخ لاب لا يرث مع الاخ لاب وأم والاخت لاب لا ترث مع البنت والاخت لاب وأم لان الاخوات مع البنات عصبة وفي العصبات تقدم الاقرب فالاقرب فكانت النفقة عليهما وكذلك نفقة البنت على العم لاب وأم أو على العمة لاب وأم لانهما وارثاها بخلاف الفصل الاول لان هناك لا يمكن الايجاب للنفقة على الاخوة والاخوات الا بجعل الابن كالميت لانه يحوز جميع الميراث فمست الحاجة الى أن يجعل ميتا حكما ولو كان الابن ميتا كان ميراث الاب للاخ لاب وأم وللاخ لام اسداسا وللاخوات اخماسا فكذا النفقة وعلى هذا الاصل مسائل

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوب هذه النفقة فانواع بعضها يرجع الى المنفق عليه خاصة وبعضها يرجع الى المنفق خاصة وبعضها يرجع اليهما وبعضها يرجع الى غيرهما أما الذي يرجع الى المنفق عليه خاصة فانواع ثلاثة احدها اعساره فلا تجب لموسر على غيره نفقة في قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم لان وجوبها معلول بحاجة المنفق عليه فلا تجب لغير المحتاج ولانه اذا كان غنيا لا يكون هو بايجاب النفقة له على غيره أولى من الايجاب لغيره عليه فيقع التعارض فيمتنع الوجوب بل اذا كان مستغنيا بماله كان ايجاب النفقة في ماله أولى من ايجابها في مال غيره بخلاف نفقة الزوجات انها تجب للزوجة الموسرة لان وجوب تلك النفقة لا يتبع الحاجة بل لها شبه بالاعواض فيستوي فيها المعسرة والموسرة كثمن البيع والمهر واختلف في حد المعسر الذي يستحق النفقة قيل هو الذي يحل له أخذ الصدقة ولا تجب عليه الزكاة وقيل هو المحتاج ولو كان له منزل وخادم هل يستحق النفقة على قريبه الموسر فيه اختلاف الرواية في رواية لا يستحق حتى لو كان أختا لا يؤمر الاخ بالانفاق عليها وكذلك اذا كانت بنتا له أو أما وفي رواية يستحق وجه الرواية الاولى ان النفقة لا تجب لغير المحتاج وهؤلاء غير محتاجين لانه يمكن الاكتفاء بالادنى بان يبيع بعض المنزل أو كله ويكتري منزلا فيسكن بالكراء أو يبيع الخادم وجه الرواية الاخرى أن بيع المنزل لا يقع الا نادرا وكذا لا يمكن لكل أحد السكنى بالكراء أو بالمنزل المشترك وهذا هو الصواب أن لا يؤمر أحد ببيع الدار بل يؤمر القريب بالانفاق عليه ألا ترى انه تحل الصدقة لهؤلاء ولا يؤمرون ببيع المنزل ثم الولد الصغير اذا كان له مال حتى كانت نفقته في ماله لا على الاب وان كان الاب موسرا فان كان المال حاضرا في يد الاب أنفق منه عليه وينبغي أن يشهد على ذلك اذ لو لم يشهد فمن الجائز أن ينكر الصبي اذا بلغ فيقول للاب انك أنفقت من مال نفسك لا من مالي فيصدقه القاضي لان الظاهر ان الرجل الموسر ينفق على ولده من مال نفسه وان كان لولده مال فكان الظاهر شاهدا للولد فيبطل حق الاب وان كان المال غائبا ينفق من مال نفسه بامر القاضي اياه بالانفاق ليرجع أو يشهد على انه ينفق من مال نفسه ليرجع به في مال ولده ليمكنه الرجوع لما ذكرنا ان الظاهر ان الانسان يتبرع بالانفاق من مال نفسه على ولده فاذا أمره القاضي بالانفاق من ماله ليرجع أو أشهد

على

على انه ينفق ليرجع فقد بطل الظاهر وتبين انه انما أنفق من ماله على طريق القرض وهو يملك اقراض ماله من الصبي فيمكنه الرجوع وهذا في القضاء فأما فيما بينه و بين الله تعالى فيسعه أن يرجع من غير أمر القاضي والاشهاد بعد أن نوى بقلبه أنه ينفق ليرجع لانه اذا نوى صار ذلك دينا على الصغير وهو يملك اثبات الدين عليه لانه يملك اقراض ماله منه والله عز وجل عالم بنيته فجاز له الرجوع فيما بينه و بين الله تعالى والله أعلم والثاني عجزه عن الكسب بان كان به زمانة أوقعد اوفلج أو عمى أوجنون أو كان مقطوع اليدين أو أشلهما أومقطوع الرجلين أومفقوء العينين أوغير ذلك من العوارض التي تمنع الانسان من الاكتساب حتى لو كان صحيحا مكتسبا لا يقضى له بالنفقة على غيره وان كان معسرا الا للاب خاصة والجد عند عدمه فانه يقضى بنفقة الاب وان كان قادرا على الكسب بعد أن كان معسرا على ولده الموسر وكذا نفقة الجد على ولد ولده اذا كان موسرا وانما كان كذلك لان المنفق عليه اذا كان قادرا على الكسب كان مستغنى بكسبه فكان غناه بكسبه كغناه بماله فلا تجب نفقته على غيره الا الولد لان الشرع نهى الولد عن الحاق أدنى الاذى بالوالدين وهو التأفيف بقوله عز وجل ولا تقل لهما أف ومعنى الاذى في الزام الاب الكسب مع غنى الولد أكثر فكان أولى بالنهي ولم يوجد ذلك في الابن ولهذا لا يحبس الرجل بدين ابنه و يحبس بدين أبيه ولان الشرع أضاف مال الابن الى الاب بلام الملك فكان ماله كماله وكذا هو كسب كسبه فكان ككسبه فكانت نفقته فيه والثالث ان الطلب والخصومة بين يدي القاضي في أحد نوعي النفقة وهي نفقة غير الولاد فلا تجب بدونه لانها لا تجب بدون قضاء القاضي والقضاء لا بد له من الطلب والخصومة وأما الذي يرجع الى المنفق خاصة فيساره في قرابة غير الولاد من الرحم المحرم فلا يجب على غير الموسر في هذه القرابة نفقة وان كان قادرا على الكسب لان وجوب هذه النفقة من طريق الصلة والصلات تجب على الاغنياء لا على الفقراء واذا كان يسار المنفق شرط وجوب النفقة عليه في قرابة ذي الرحم فلا بد من معرفة حد اليسار الذي يتعلق به وجوب هذه النفقة روى عن أبي يوسف فيه انه اعتبر نصاب الزكاة قال ابن سماعة قال في نوادره سمعت أبا يوسف قال لا أجبر على نفقة ذي الرحم المحرم من لم يكن معه ما تجب فيه الزكاة ولو كان معه مائتا درهم الا درهما وليس له عيال وله أخت محتاجة لم أجبره على نفقتها وان كان يعمل بيده و يكتسب في الشهر خمسين درهما وروى هشام عن محمد انه قال اذا كان له نفقة شهر وعنده فضل عن نفقة شهر له ولعياله أجبره على نفقة ذي الرحم المحرم قال محمد وأما من لا شيء له وهو يكتسب كل يوم درهما يكتفي منه باربعة دوانيق فانه يرفع لنفسه ولعياله ما يتسع به و ينفق فضله على من يجبر على نفقته وجه رواية هشام عن محمد ان من كان عنده كفاية شهر فما زاد عليها فهو غنى عنه في الحال والشهر يتسع للاكتساب فكان عليه صرف الزيادة الى أقاربه وجه قول أبي يوسف ان نفقة ذي الرحم صلة والصلات انما تجب على الاغنياء كالصدقة وحد الغنا في الشريعة ما تجب فيه الزكاة وما قاله محمد اوفق وهو انه اذا كان له كسب دائم وهو غير محتاج الى جميعه فما زاد على كفايته يجب صرفه الى أقاربه كفضل ماله اذا كان له مال ولا يعتبر النصاب لان النصاب انما يعتبر في وجوب حقوق الله تعالى المالية والنفقة حق العبد فلا معنى للاعتبار بالنصاب فيها وانما يعتبر فيها امكان الاداء ولو طلب الفقير العاجز عن الكسب من ذي الرحم المحرم منه نفقة فقال أنا فقير وادعى هو انه غنى فالقول قول المطلوب لان الاصل هو الفقر والغنا عارض فكان الظاهر شاهدا له فمحمد يحتاج الى الفرق بينه و بين نفقة الزوجات والفرق له ان الاقدام على النكاح دليل القدرة فبطلت شهادة الظاهر وأما قرابة الولاد فينظر ان كان المنفق هو الاب فلا يشترط يساره لوجوب النفقة عليه بل قدرته على الكسب كافية حتى تجب عليه النفقة على أولاده الصغار والكبار الذكور الزمني الفقراء والاناث الفقيرات وان كن صحيحات وان كان معسرا بعد أن كان قادرا على الكسب لان الانفاق عليهم عند حاجتهم وعجزهم عن الكسب احياؤهم واحياؤهم احياء نفسه لقيام الجزئية والعصبية واحياء نفسه واجب ولو كان لهم جد موسر لم يفرض النفقة على الجد ولكن يؤمر

الجد بالاتفاق عليهم عند حاجتهم ثم يرجع به على ابنه لان النفقة لا تجب على الجد مع وجود الاب اذا كان الاب قادرا على الكسب ألا ترى انه لا يجب عليه نفقة ابنه فنفقة أولاده أولى وان لم يكن الاب قادرا على الكسب بان كان زمنا قضى بنفقتهم على الجد لان عليه نفقة أبيهم فكذا نفقتهم وروى عن أبي يوسف انه قال في صغير له والد محتاج وهو زمن فرضت نفقته على قرابته من قبل أبيه دون قرابته من قبل أمه كل من أجبرته على نفقة الاب أجبرته على نفقة الغلام اذا كان زمنا لان الاب اذا كان زمنا كانت نفقته على قرابته فكذا نفقة ولده لانه جزؤه وقال فان لم يكن له قرابة من قبل أبيه قضيت بنفقته على أبيه وأمرت الخال أن ينفق عليه ويكون ذلك دينا على الاب ووجه الفرق بين قرابة الاب وقرابة الام ان قرابة الاب تجب عليهم نفقة الاب اذا كان زمنا فكذا نفقة ولده الصغير فاما قرابة الام فلا يجب عليهم نفقة الاب ولا نفقة الولد لان الاب لا يشاركه أحد في نفقة ولده وان كان المنفق هو الابن وهو معسر مكتسب ينظر في كسبه فان كان فيه فضل عن قوته يجبر على الانفاق على الاب من الفضل لانه قادر على احيائه من غير خلل يرجع اليه وان كان لا يفضل من كسبه شئ يؤمر فيما بينه وبين الله عز وجل ان يواسي أباه اذ لا يحسن أن يترك أباه ضائعا جائعا يتكفف الناس وله كسب وهل يجبر على ان ينفق عليه وتفرض عليه النفقة اذا طلب الاب الفرض أو يدخل عليه في النفقة اذا طلب الاب ذلك قال عامة الفقهاء انه لا يجبر على ذلك وقال بعضهم يجبر عليه واحتجوا بما روى عن عمر رضي الله عنه انه قال لو أصاب الناس السنة لادخلت على أهل كل بيت مثلهم فان الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم وقال النبي صلى الله عليه وسلم طعام الواحد يكفي الاثنين ووجه قول العامة ان الجبر على الانفاق والاشراك في نفقة الولد المعسر يؤدي الى العجز عن الكسب لان الكسب لا يقوم الا بكمال القوة وكمال القوة بكمال الغذاء فلو جعلناه نصفين لم يقدر على الكسب وفيه خوف هلاكهما جميعا وذكر في الكتاب أرأيت لو كان الابن يأكل من طعام رجل غني يعطيه كل يوم رغيفا أو رغيفين أيؤمر الابن ان يعطي أحدهما أباه قال لا يؤمر به ولو قال الاب للقاضي ان ابني هذا يقدر على ان يكتسب ما يفضل عن كسبه مما ينفق علي لكنه يدع الكسب عمدا يقصد بذلك عقوقي ينظر القاضي في ذلك فان كان الاب صادقا في مقالته أمر الابن بان يكتسب فينفق على أبيه وان لم يكن صادقا بان علم انه غير قادر على اكتساب زيادة تركه هذا اذا كان الولد واحدا فان كان له أولاد صغار وزوجة ولا يفضل من كسبه شئ ينفق على أبيه فطلب الاب من القاضي أن يدخله في النفقة على عياله يدخله القاضي ههنا لان ادخال الواحد على الجماعة لا يخل بطعامهم خللا بينا بخلاف ادخال الواحد على الواحد هذا اذا لم يكن الاب عاجزا عن الكسب فاما اذا كان عاجزا عنه بان كان زمنا يشارك الابن في قوته ويدخل عليه فيأكل معه وان لم يكن له عيال لانه ليس في المشاركة خوف الهلاك وفي ترك المشاركة خوف هلاك الاب فتجب المشاركة وكذلك الام اذا كانت فقيرة تدخل على ابنها فتأكل معه لكن لا يفرض لهما عليه نفقة على حدة والله عز وجل أعلم وأما الذي يرجع اليهما جميعا فنوعان أحدهما اتحاد الدين في غير قرابة الولاد من الرحم المحرم فلا تجري النفقة بين المسلم والكافر في هذه القرابة فاما في قرابة الولاد فاتحاد الدين فيها ليس بشرط فيجب على المسلم نفقة آبائه وأمهاته من أهل الذمة ويجب على الذمي نفقة أولاده الصغار الذين أعطى لهم حكم الاسلام باسلام أمهم ونفقة أولاده الكبار المسلمين الذين هم من أهل استحقاق النفقة على ما نذكره ووجه الفرق من وجهين أحدهما ان وجوب هذه النفقة على طريق الصلة ولا تجب صلة رحم غير الوالدين عند اختلاف الدين وتجب صلة رحم الوالدين مع اختلاف الدين بدليل انه يجوز للمسلم ان يبتدئ بقتل أخيه الحربي ولا يجوز له أن يبتدئ بقتل أبيه الحربي وقد قال سبحانه في الوالدين الكافرين وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يرد مثله في غير الوالدين والثاني ان وجوب النفقة في قرابة الولاد بحق الولادة لما ذكرنا ان الولادة توجب الجزئية والبعضية بين الوالد والولد وذا لا يختلف باختلاف الدين فلا يختلف الحكم المتعلق به والوجوب في غيرها من الرحم المحرم بحق الوراثة ولا وراثة عند اختلاف الدين

فلا نفقة ولو كان للمسلم ابنان أحدهما مسلم والآخر ذمي فنفقته عليهما على السواء لما ذكرنا ان نفقة الولادة لا تختلف باختلاف الدين والثاني اتحاد الدار في غير قرابة الولادة من الرحم المحرم فلا تجري النفقة بين الذمي الذي في دار الاسلام و بين الحربي في دار الحرب لاختلاف الدارين ولا بين الذمي والحربي المستأمن في دار الاسلام لان الحربي وان كان مستأمنا في دار الاسلام فهو من أهل الحرب وانما دخل دار الاسلام لحوائج يقضيها ثم يعود ألا ترى ان الامام يمكنه من الرجوع الى دار الحرب ولا يمكنه من اطالة الاقامة في دار الاسلام فاختلف الداران وكذا لا نفقة بين المسلم المتوطن في دار الاسلام و بين الحربي الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لاختلاف الدارين وهذا ليس بشرط في قرابة الولاد والفرق بينهما من وجهين أحدهما ان وجوب هذه النفقة في هذه القرابة بطريق الصلة ولا تجب هذه الصلة عند اختلاف الدارين وتجب في قرابة الولاد والثاني ان الوجوب ههنا بحق الوراثة ولا وراثة عند اختلاف الدارين والوجوب هناك بحق الولادة وانه لا يختلف وأما الذي يرجع الى غيرهما فقضاء القاضي في أحد نوعي النفقة وهي نفقة غير الولاد من الرحم المحرم فلا تجب هذه النفقة من غير قضاء القاضي ولا يشترط ذلك في نفقة الولاد حتى تجب من غير قضاء كما تجب نفقة الزوجات ووجه الفرق ان نفقة الولاد تجب بطريق الاحياء لما فيها من دفع الهلاك لتحقق معنى الجزئية والبعضية بين المنفق والمنفق عليه و يجب على الانسان احياء نفسه بدفع الهلاك عن نفسه ولا يقف وجوبه على قضاء القاضي فاما نفقة سائر ذي الرحم المحرم فليس وجوبها من طريق الاحياء لانعدام معنى الجزئية وانما تجب صلة محضة فجاز ان يقف وجوبها على قضاء القاضي و بخلاف نفقة الزوجات لان لها شبها بالاعواض فمن حيث هي صلة لم تصر دينا من غير قضاء و رضا ومن حيث هي عوض تجب من غير قضاء عملا بالشبهين وعلى هذا يخرج ما اذا كان الرجل غائبا وله مال حاضر ان القاضي لا يأمر أحدا بالنفقة من ماله الا الابوين الفقيرين وأولاده الفقراء الصغار الذكور والاناث والكبار الذكور الفقراء العجزة عن الكسب والاناث الفقيرات والزوجة لانه لا حق لاحد في ماله الا لهؤلاء ألا ترى انه ليس لغيرهم أن يمد يده الى ماله فيأخذه وان كان فقيرا محتاجا ولهم ذلك فكان الامر من القاضي بالاتفاق من ماله لغيرهم قضاء على الغائب من غير خصم حاضر ولا يكون لهم قضاء بل يكون اعانة ثم ان كان المال حاضرا عند هؤلاء وكان النسب معروفا وعلم القاضي بذلك أمرهم بالنفقة منه لان نفقتهم واجبة من غير قضاء القاضي فكان الامر من القاضي بالاتفاق اعانة لا قضاء وان لم يعلم بالنسب فطلب بعضهم ان يثبت ذلك عند القاضي بالبينة لا تسمع منه البينة لانه يكون قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وكذلك ان كان ماله وديعة عند انسان وهو مقر بها أمرهم القاضي بالاتفاق منها وكذا اذا كان له دين على انسان وهو مقر به لما قلنا ولو دفع صاحب اليد أو المديون اليهم بغير اذن القاضي يضمن واذا وقع باذنه لا يضمن واستوثق القاضي منهم كفيلا ان شاء وكذا لا يأمر الجد و ولد الولد حال وجود الاب والولد لانهما حال وجودهما بمنزلة ذوي الارحام و يأمرهما حال عدمهما لان الجد يقوم مقام الاب حال عدمه و ولد الولد يقوم مقام الولد حال عدمه وان كان صاحب اليد أو المديون منكرا فارادوا أن يقيموا البينة لم يلتفت القاضي الى ذلك لما ذكرنا فان أنفق الاب من مال ابنه ثم حضر الابن فقال للاب كنت موسرا وقال الاب كنت معسرا ينظر الى حال الاب وقت الخصومة فان كان معسرا فالقول قوله وان كان موسرا فالقول قول الابن لان الظاهر استمرار حال اليسار والاعسار والتغير خلاف الظاهر فيحكم الحال وصار هذا كالآجر مع المستأجر اذا اختلفا في جريان الماء وانقطاعه انه يحكم الحال لما قلنا كذا هذا فان اقاما البينة فالبينة بينة الابن لانها تثبت أمرا زائدا وهو الغنا هذا اذا كان المال من جنس النفقة من الدراهم والدنانير والطعام والكسوة فان كان من غير جنسها فالقاضي لا يبيع على الغائب العقار لاجل القضاء بالاتفاق وكذا الاب الا اذا كان الولد صغيرا فليبيع العقار وأما العروض فهل يبيعها القاضي فالامر فيه على ماذكرنا من الاتفاق والاختلاف وهل يبيعها الاب قال أبو حنيفة يبيع مقدار ما يحتاج اليه لا الزيادة على ذلك وهو

استحسان وقال أبو يوسف ومحمد لا يبيع ولا خلاف ان الام لا تبيع مال ولدها الصغير والكبير وكذا الاولاد لا يبيعون مال الابوين (وجه) قولهما وهو القياس أنه لا ولاية للاب على الولد الكبير فكان هو وغيره من الاقارب سواء ولهذا لا يبيع العقار وكذا العروض ولابي حنيفة أن في بيع العروض نظرا للولد الغائب لان العروض مما يخاف عليه الهلاك فكان بيعها من باب الحفظ والاب يملك النظر لولده بحفظ ماله وغير ذلك بخلاف العقار فانه محفوظ بنفسه فلا حاجة الى حفظه بالبيع فيبقى بيعه تصرفا على الولد الكبير فلا يملكه ولان الشرع أضاف مال الولد الى الوالد وسماه كسباله فان لم يظهر ذلك في حقيقة الملك فلا أقل من أن يظهر في ولاية بيع عرضه عند الحاجة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان مقدار الواجب من هذه النفقة فنفقة الاقارب مقدرة بالكفاية بلا خلاف لانها تجب للحاجة فتتقدر بقدر الحاجة وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه له المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع ان كان رضيعا لان وجوبها بالكفاية والكفاية تتعلق بهذه الاشياء فان كان للمنفق عليه خادم يحتاج الى خدمته تفرض له أيضا لان ذلك من جملة الكفاية

﴿ فصل ﴾ وأما بيان كيفية وجوبها فهذه النفقة تجب على وجه لا تصير دينا في الذمة أصلا سواء فرضها القاضي أو لا بخلاف نفقة الزوجات فانها تصير دينا في الذمة بفرض القاضي أو بالتراضي حتى لو فرض القاضي للقريب نفقة شهر فمضى الشهر ولم يأخذ ليس له أن يطالبه بها بل تسقط وفي نفقة الزوجات للمرأة ولاية المطالبة بما مضى من النفقة في مدة الفرض وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما في نفقة الزوجات فيقع الفرق بين النفقتين في أشياء منها ما وصفنا آنفا ان نفقة المرأة تصير دينا بالقضاء أو بالرضا ونفقة الاقارب لا تصير دينا أصلا ورأسا ومنها ان نفقة الاقارب أو كسوتهم لا تجب لغير المعسر ونفقة الزوجات أو كسوتهن تجب للمعسرة والموسرة ومنها ان نفقة الاقارب أو كسوتهم اذا هلكت قبل مضي مدة الفرض تجب نفقة أخرى وكسوة أخرى وفي نفقة الزوجات لا تجب ومنها ان نفقة الاقارب أو كسوتهم اذا تعيبت بعد مضي المدة لا تجب أخرى وفي نفقة الزوجات تجب وقد مر الفرق بين هذه الجملة في فصل نفقة الزوجات ومنها أنه اذا عجل نفقة مدة في الاقارب فمات المنفق عليه قبل تمام المدة لا يسترد شيأ منها بلا خلاف وفي نفقة الزوجات خلاف محمد ويحبس في نفقة الاقارب كما يحبس في نفقة الزوجات أما غير الاب فلا شك فيه وأما الاب فيحبس في نفقة الولد أيضا ولا يحبس في سائر ديونه لان ايذاء الاب حرام في الاصل وفي الحبس ايذاؤه الا أن في النفقة ضرورة وهي ضرورة دفع الهلاك عن الولد اذ لو لم ينفق عليه لهلك فكان هو بالامتناع من الانفاق عليه كالقاصد اهلاكه فدفع قصده بالحبس ويحمل هذا القدر من الاذى لهذه الضرورة وهذا المعنى لم يوجد في سائر الديون ولان ههنا ضرورة أخرى وهي ضرورة استدراك هذا الحق أعني النفقة لانها تسقط بمضي الزمان فتقع الحاجة الى الاستدراك بالحبس لان الحبس يحمله على الاداء فيحصل الاستدراك ولو لم يحبس يفوت حقه رأسا فشرع الحبس في حقه لضرورة استدراك الحق صيانة له عن الفوات وهذا المعنى لا يوجد في سائر الديون لانها لا تفوت بمضي الزمان فلا ضرورة الى الاستدراك بالحبس ولهذا قال أصحابنا ان الممتنع من النفقة يضرب ولا يحبس بخلاف الممتنع من سائر الحقوق لانه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس لانه يفوت بمضي الزمان فيستدرك بالضرب بخلاف سائر الحقوق وكذلك الجد أب الاب وان علا لانه يقوم مقام الاب عند عدمه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان المسقط لها بعد الوجوب فالمسقط لها بعد الوجوب هو مضي الزمان من غير قبض ولا استدانة حتى لو فرض القاضي نفقة شهر للقريب فلم يقبض ولا استدان عليه حتى مضت المدة سقطت النفقة لما ذكرنا ان هذه النفقة تجب صلة محضة فلا يتأكد وجوبها الا بالقبض أو ما يقوم مقامه والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما نفقة الرقيق فالكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان وجوب هذه النفقة وفي بيان سبب وجوبها وفي بيان شرط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان كيفية الوجوب أما الاول فوجوبها ثابت

بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل أو ماملكت أيمانكم معطوفا على قوله و بالوالدين احسانا أمر بالاحسان الى المماليك ومطلق الامر يحمل على الوجوب والانفاق عليهم احسان بهم فكان واجبا ويحتمل أن يكون أمرا بالاحسان الى المماليك أمرا بتوسيع النفقة عليهم لان المرء لا يترك أصل النفقة على مملوكه اشفاقا على ملكه وقد يقتر فى الانفاق عليه لكونه مملوكا فى يده فامر الله عز وجل السادات بتوسيع النفقة على مماليكهم شكرا لما أنعم عليهم حيث جعل من هو من جوهرهم وأمثالهم فى الخلقة خدما وخولا أذلاء تحت أيديهم يستخدمونهم و يستعملونهم فى حوائجهم وأما السنة فما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوصى بالمملوك خيرا و يقول أطعموهم مما تأكلون واكسوهم مما تلبسون ولا تكلفوهم مالا يطيقون فان الله تعالى يقول لا يكلف الله نفسا الا وسعها وعن أنس رضى الله عنه قال كان آخر وصية رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حضرته الوفاة الصلاة وماملكت أيمانكم وجعل صلى الله عليه وسلم يغرغر بها فى صدره وما يقبض بها لسانه وعليه اجماع الامة أن نفقة المملوك واجبة وأما المعقول فهو عبد مملوك لا يقدر على شئ فلو لم تجعل نفقته على مولاه لهلك

﴿ فصل ﴾ وأما سبب وجوبها فالملك لانه يوجب الاختصاص بالمملوك انتفاعا وتصرفا وهو نفس الملك فاذا كانت منفعته للمالك كانت مؤنته عليه اذ الخراج بالضمان وعلى هذا يبنى أنه لا يجب على العبد نفقة ولده لعدم الملك لان أمه ان كانت حرة فهو حر وان كانت مملوكة فهو ملك مولاها فكانت نفقته على المولى ولان العبد لا مال له بل هو وما فى يده لمولاه والمولى أجنبى عن هذا الولد فكيف تجب النفقة فى مال الغير لملك الغير وكذا لا يجب على الحر نفقة ولده المملوك بأن تزوج حرأمة غيره فولدت ولدا لانه ملك غيره فلا تجب عليه نفقة مملوك غيره ولو أعتق عبده بطلت النفقة لبطلان سبب الوجوب وهو الملك ثم ان كان بالغا صحيحا فنفقته فى كسبه وان كان صغيرا أو زمنا قالوا ان نفقته فى بيت المال لانه واحد من المسلمين حر عاجز لا يعرف له قريب و بيت المال مال المسلمين فكانت نفقته فيه وكذا اللقيط اذا لم يكن معه مال فنفقته فى بيت المال لما قلنا وقالوا فى الصغير فى يد رجل قال لرجل هذا عبدك أو دعتنيه فجحد قال محمد أستحلفه بالله عز وجل ما أودعته فان حلف قضيت بنفقته على الذى هو فى يده لانه أقر برقه ثم أقر به لغيره وقد رد الغير اقراره فبقى فى يده واليد دليل الملك فيلزمه نفقته قال محمد ولو كان كبيرا لم أستحلف المدعى عليه لانه اذا كان كبيرا كان فى يد نفسه وكان دعواه هدرا فيقف الامر على دعوى الكبير فكل من ادعى عليه أنه عبده وصدقه فعليه نفقته ولو كان العبد بين شريكين فنفقته عليهما على قدر ملكيهما وكذلك لو كان فى أيديهما كل واحد منهما يدعى أنه له ولا بينة لهما فنفقته عليهما وقالوا فى الجارية المشتركة بين اثنين أتت بولد فادعاه الموليان ان نفقة هذا الولد عليهما وعلى الولد اذا كبر نفقة كل واحد منهما الا ان كل واحد منهما أب كامل فى حقه والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرط وجوبها فهو أن يكون الرقيق مملوك المنافع والمكاسب للمولى فان لم يكن فلا تجب عليه نفقته فيجب على الانسان نفقة عبده القن والمدبر وأم الولد لان أكسابهم ملك المولى ولا تجب عليه نفقة مكاتبه لانه غير مملوك المكاسب لمولاه ألا ترى أنه أحق بكسبه من مولاه فكان فى مكاسبه كالحر فكانت نفقته فى كسبه كالحر وكذا معتق البعض لانه بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة وعندهما حر عليه دين والعبد الموصى برقبته لانسان و بخدمته لآخر نفقته على صاحب الخدمة لا على صاحب الرقبة لان منفعته لصاحب الخدمة ونفقة عبد الرهن على الراهن لان ملك الذات والمنفعة له ونفقة عبد الوديعة على المودع لما قلنا ونفقة عبد العارية على المستعير لان ملك المنفعة فى زمن العارية له اذ الاعارة تمليك المنفعة ونفقة عبد الغصب قبل الرد على الغاصب لان منافعه تحدث على ملكه على بعض طرق أصحابنا حتى لو لم تكن مضمونة على الغاصب فكانت نفقته عليه ولان رد المغصوب على الغاصب ومؤنة الرد عليه لكونها من ضرورات الرد والنفقة من ضرورات الرد لانه لا يمكنه الا باستبقائه ولا يبقى عادة الا بالنفقة فكانت النفقة من مؤنات الرد لكونها من ضروراته فكانت على الغاصب والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما مقدار الواجب منها فمقدار الكفاية لان وجوبها للكفاية فتقدر بقدر الكفاية كنفقة الاقارب
﴿فصل﴾ وأما كيفية وجوبها فانها تجب على وجه يجبر عليها عند الطلب والخصومة فى الجملة بيان ذلك أن المملوك اذا خاصم مولاه فى النفقة عند القاضى فان القاضى يأمره بالنفقة عليه فان أبى ينظر القاضى فكل من يصلح للاجارة يؤاجره وينفق عليه من أجرته أو يبيعه ان كان محلا للبيع كالقن ورأى البيع أصلح ولا يجبر على الانفاق وان لم يصلح للاجارة بان كان صغيرا أو جارية ولا محلا للبيع كالمدبر وأم الولد يجبره على الانفاق لانه لا يمكن بيعه ولا اجارته وتركه جائعا تضييع الى آدمى فيجبر المولى على الانفاق والله عز وجل أعلم (وأما) نفقة البهائم فلا يجبر عليها فى ظاهر الرواية ولكنه يفتى فيما بينه و بين الله تعالى أن ينفق عليها وروى عن أبى يوسف أنه يجبر عليها لان فى تركه جائعا تعذيب الحيوان بلا فائدة وتضييع المال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك كله ولانه سفه لخلوه عن العاقبة الحميدة والسفه حرام عقلا وجه ظاهر الرواية أن الجبر على الحق يكون عند الطلب والخصومة من صاحب الحق ولا خصم فلا يجبر ولكن تجب فيما بينه و بين الله تعالى لما قاله أبو يوسف وأما نفقة الجمادات كالدور والعقار فلا يجبر عليها لما قلنا ولا يفتى أيضا بالوجوب الا أنه اذا كان هناك تضييع المال فيكره له ذلك والله عز وجل أعلم

﴿كتاب الحضانة﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى تفسير الحضانة وفى بيان من له الحضانة وفى بيان مدة الحضانة وفى بيان مكان الحضانة أما الاول فالحضانة فى اللغة تستعمل فى معنيين أحدهما جعل الشئ فى ناحية يقال حضن الرجل الشئ أى اعتزله فجعله فى ناحية منه والثانى الضم الى الجنب يقال حضنته واحتضنته اذا ضممته الى جنبك والحضن الجنب فحضانة الام ولدها هى ضمها اياه الى جنبها واعتزالها اياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه ولا تجبر الام على ارضاعه الا أن لا يوجد من ترضعه فتجبر عليه وهذا قول عامة العلماء وقال مالك ان كانت شريفة لم تجبر وان كانت دنية تجبر والصحيح قول العامة لقوله عز وجل لا تضار والدة بولدها قيل فى بعض وجوه التأويل أى لا تضار بالزام الارضاع مع كراهتها وقوله عز وجل فى المطلقات فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن جعل تعالى أجر الرضاع على الاب لا على الام مع وجودها فدل ان الرضاع ليس على الام وقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف أى رزق الوالدات المرضعات فان أريد به المطلقات ففيه أنه لا ارضاع على الام حيث أوجب بدل الارضاع على الاب مع وجود الام وان أريد به المنكوحات كان المراد منه والله عز وجل أعلم ايجاب زيادة النفقة على الاب للام المرضعة لاجل الولد والا فالنفقة تستحقها المنكوحة من غير ولد ولان الارضاع انفاق على الولد ونفقة الولد يختص بها الوالد لا يشاركه فيها الام كنفقته بعد الاستغناء فكما لا تجب عليها نفقته بعد الاستغناء لا تجب عليها قبله وهو ارضاعه وهذا فى الحكم وأما فى الفتوى فتفتى بانها ترضعه لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها قيل فى بعض تأويلات الآية أى لا تضار بولدها بان ترميه على الزوج بعد ما عرفها وألفها ولا ترضعه فيتضرر الولد ومتى تضرر الولد تضرر الوالد لانه يتألم قلبه بذلك وقد قال الله تعالى ولا مولود له بولده أى لا يضار المولود له بسبب الاضرار بولده كذا قيل فى بعض وجوه التأويل ولان النكاح عقد سكن وازدواج وذلك لا يحصل الا باجتماعهما على مصالح النكاح ومنها ارضاع الولد فيفتى به ولكنها ان أبت لا تجبر عليه لما قلنا الا اذا كان لا يوجد من يرضعه فحينئذ تجبر على ارضاعه اذ لو لم تجبر عليه لهلك الولد ولو التمس الاب لولده مرضعا فارادت الام أن ترضعه بنفسها فهى أولى لانها أشفق عليه ولان فى انتزاع الولد منها اضرارا بها وانه منهى عنه لقوله عز وجل لا تضار والدة بولدها قيل فى بعض الاقاويل أى لا يضارها زوجها بانتزاع الولد منها وهى تريد امساكه وارضاعه فان أرادت أن تأخذ على ذلك أجرا فى صلب النكاح لم يجز لها ذلك لان الارضاع وان لم يكن مستحقا عليها فى الحكم فهو مستحق فى الفتوى ولا يجوز أخذ

الاجر

الاجر على أمر مستحق لانه يكون رشوة ولانها قد استحقت نفقة النكاح وأجرة الرضاع وأجرة الرضاع بمنزلة النفقة فلا تستحق نفقتين ولان أجر الرضاع يجب لحفظ الصبي وغسله وهو من نظافة البيت ومنفعة البيت تحصل للزوجين فلا يجوز لها أن تأخذ عوضا عن منفعة تحصل لها حتى لو استأجرها على ارضاع ولده من غيرها جاز لان ذلك غير واجب عليها فلا يكون أخذ الاجرة على فعل واجب عليها وكذا ليس في حفظه منفعة تعود اليها لانه لا يجب عليها أن تسكنه معها وكذلك اذا كانت معتدة من طلاق رجعي لا يحل لها أن تأخذ الاجرة كما لا يجوز في صلب النكاح لان النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه وأما المبتوتة ففيها روايتان في رواية لا يجوز لها أن تأخذ الاجر لانها مستحقة للنفقة والسكنى في حال قيام العدة فلا يحل لها الاجرة كما لا يحل للزوجة وفي رواية يجوز لان النكاح قد زال بالابانة فصارت كالاجنبية وأما اذا انقضت عدتها فالتمست أجرة الرضاع وقال الاب أنا أجد من يرضعه بغير اجر أو باقل من ذلك فذلك له لقوله تعالى فان تعاسرتم فسترضع له أخرى ولان في الزام الاب بما تلتمسه الام اضرارا بالاب وقد قال الله سبحانه وتعالى ولا مولود له بولده أي لا يضار الاب بالزام الزيادة على ما تلتمسه الاجنبية كذا ذكر في بعض التأويلات ولكن ترضعه عند الام ولا يفرق بينهما لما فيه من الحاق الضرر بالام والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من له الحضانة فالحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت والاصل فيها النساء لانهن أشفق وأرفق وأهدى الى تربية الصغار ثم تصرف الى الرجال لانهم على الحماية والصيانة واقامة مصالح الصغار اقدر ولكل واحد منهما شرط فلا بد من بيان شرط الحضانتين ووقتهما أما التي للنساء فمن شرائطها أن تكون المرأة ذات رحم محرم من الصغار فلا حضانة لبنات العم و بنات الخال و بنات العمة و بنات الخالة لان مبنى الحضانة على الشفقة والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة ثم يتقدم فيها الاقرب فالاقرب فأحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة الام لانه لا أقرب منها ثم أم الام ثم أم الاب لان الجدتين وان استويتا في القرب لكن احداهما من قبل الام أولى وهذه الولاية مستفادة من قبل الام فكل من يدلي بقرابة الام كان أولى لانها تكون أشفق ثم الاخوات فأم الاب أولى من الاخت لان لها ولادا فكانت أدخل في الولاية وكذا هي أشفق وأولى الاخوات الاخت لاب وأم ثم الاخت لام ثم الاخت لاب لان الاخت لاب وأم تدلي بقرابتين فترجح على الاخت لام بقرابة الاب وترجح الاخت لام لانها تدلي بقرابة الام فكانت أولى من الاخت لاب واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الاخت لاب مع الخالة أيتهما أولى روى عنه في كتاب النكاح أن الخالة أولى وهو قول محمد وزفر وروى عنه في كتاب الطلاق أن الاخت لاب أولى وجه الرواية الاولى ماروى أن بنت حمزة لما رأت عليا رضي الله عنه تمسكت به وقالت ابن عمي فأخذها فاختصم فيها علي وجعفر وزيد بن حارثة رضي الله عنهم فقال رضي الله عنه بنت عمي وقال جعفر بنت عمي وخالتها عندي وقال زيد بن حارثة رضي الله عنه بنت أخي آخيت بيني و بين حمزة يا رسول الله فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها لخالتها وقال صلى الله عليه وسلم الخالة والدة فقد سمى الخالة والدة فكانت أولى وجه الرواية الاخرى أن الاخت لاب بنت الاب والخالة بنت الجد فكانت الاخت أقرب فكانت أولى و بنت الاخت لاب وأم أولى من الخالة لانها من ولد الابوين وكذا بنت الاخت لام لانها من ولد الام والخالة ولد الجد وكذا بنت الاخت لاب أولى من الخالة على الرواية الاخيرة لانها من ولد الاب والخالة ولد الجد فكانت أولى وأما على الرواية الاولى فلا شك أن الخالة تتقدم عليها لانها تتقدم على أمها وهي الاخت لاب فلان تتقدم على بنتها وهي أبعد من أمها أولى وبنات الاخت أولى من بنات الاخ لان الاخ لا حق له في الحضانة والاخت لها حق فيها فكان ولد الاخت أولى والخالات أولى من بنات الاخ لان بنت الاخ تدلي بقرابة الذكر والخالة تدلي بقرابة الام فكانت الخالة أولى و بنات الاخ أولى من العمات وان كانت كل واحدة منهما أعني بنت الاخ والعمة تدلي بذكر لكن بنت الاخ أقرب لانها ولد الاب والعمة ولد الجد فكانت بنت الاخ أقرب فكانت أولى ثم الخالات أولى من

العمات وان تساوين في القرب لان الخالات يدلين بقرابة الام فكن أشفق وأولى الخالات الخالة لاب وأم
لانها تدلى بقرابتين ثم الخالة لام لادلانها بقرابة الام ثم الخالة لاب ثم العمات وذكر الحسن بن زياد في كتاب الطلاق
أن أم الاب أولى من الخالة في قول أبي يوسف وقال زفر الخالة أولى وجه قول زفر قول النبي صلى الله عليه وسلم الخالة
والدة وجه قول أبي يوسف أن أم الاب لها ولاد والولاية في الاصل مستفادة بالولاد وأولى العمات العمة لاب وأم
لانها تدلى بقرابتين ثم العمة لام لاتصالها بجهة الام ثم العمة لاب وأما بنات العم والخال والعمة والخالة فلا حق لهن في
الحضانة لعدم الرحم المحرم والله أعلم ومنها أن لا تكون ذات زوج أجنبي من الصغير فان كانت فلا حق لها في الحضانة
وأصله ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان
ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء ويزعم أبوه أن ينزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
أنت أحق به منه مالم تنكحي وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال طلق عمر رضي الله عنه أم ابنه عاصم رضي الله عنه
فلقيها ومعها الصبي فنازعها وارتفعا الى أبي بكر الصديق رضي الله عنه فقضى أبو بكر رضي الله عنه بعاصم بن عمر رضي
الله عنهما لامه مالم يشب أو تتزوج وقال ان ريحها وفراشها خير له حتى يشب أو تتزوج وذلك بحضر من الصحابة
رضي الله عنهم ولان الصغير يلحقه الجفاء والمذلة من قبل الاب لانه يبغضه لغيرته وينظر اليه نظر المغشى عليه من
الموت ويقتر عليه النفقة فيتضرر به حتى لو تزوجت بذي رحم محرم من الصبي لا يسقط حقها في الحضانة كالجدة اذا
تزوجت بجد الصبي أو الام تزوجت بعم الصبي أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على
الشفقة ولو مات عنها زوجها أو أبانها عاد حقها في الحضانة لان المانع قد زال فيزول المنع ويعود حقها وتكون هي أولى
ممن هي أبعد منها كما كانت ومنها عدم ردتها حتى لو ارتدت عن الاسلام بطل حقها في الحضانة لان المرتدة تحبس
فيتضرر به الصبي ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع وسئل محمد عن النساء اذا اجتمعن ولهن أزواج قال
يضعه القاضي حيث شاء لانه لا حق لهن فصار كمن لا قرابة له ومنها أن تكون حرة فلا حق للامة وأم الولد في حضانة
الولد الحر لان الحضانة ضرب من الولاية وهما ليستا من أهل الولاية فاما اذا اعتقتا فهما في الحضانة كالحرة لانهما
استفادتا الولاية بالعتق وأهل الذمة في هذا الحضانة بمنزلة أهل الاسلام لان هذا الحق انما يثبت نظرا للصغير وأنه
لا يختلف بالاسلام والكفر وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق حتى لو كانت الحاضنة كتابية والولد
مسلم كانت في الحضانة كالمسلمة كذا ذكر في الاصل لما قلنا وكان أبو بكر احمد بن علي الرازي يقول انها أحق بالصغير
والصغيرة حتى يعقلا فاذا عقلا سقط حقها لانها تعودهما أخلاق الكفرة وفيه ضرر عليهما والله عز وجل الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما وقت الحضانة التي من قبل النساء فالام والجدتان أحق بالغلام حتى يستغني عنهن فيأكل وحده
ويشرب وحده ويلبس وحده كذا ذكر في ظاهر الرواية وذكر أبو داود بن رشيد عن محمد ويتوضأ وحده يريد به
الاستنجاء أي ويستنجي وحده ولم يقدر في ذلك تقديرا وذكر الخصاف سبع سنين أو ثمان سنين أو نحو ذلك وأما
الجارية فهي أحق بها حتى تحيض كذا ذكر في ظاهر الرواية وحكى هشام عن محمد حتى تبلغ أو تشتهي وانما اختلف
حكم الغلام والجارية لان القياس ان تتوقت الحضانة بالبلوغ في الغلام والجارية جميعا لانها ضرب ولاية ولانها ثبتت
للام فلا تنتهي الا بالبلوغ كولاية الاب في المال الا انا تركنا القياس في الغلام باجماع الصحابة رضي الله عنهم لما روينا
أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قضى بعاصم بن عمر لامه مالم يشب عاصم أو تتزوج أمه وكان ذلك بحضر من
الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فتركنا القياس في الغلام باجماع الصحابة رضي الله عنهم فبقى
الحكم في الجارية على أصل القياس ولان الغلام اذا استغنى يحتاج الى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال وتحصيل
أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم والاب على ذلك أقوم وأقدر مع ما أنه لو ترك في يدها لتخلق بأخلاق
النساء وتعود بشمائلهن وفيه ضرر وهذا المعنى لا يوجد في الجارية فتترك في يد الام بل تمس الحاجة الى الترك في يدها الى

وقت

وقت البلوغ لحاجتها الى تعلم آداب النساء والتخلق باخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك الا وأن تكون عند الام ثم بعد ما حاضت أو بلغت عند الام حد الشهوة تقع الحاجة الى حمايتها وصيانتها وحفظها عمن يطمع فيها لكونها لحما على وضم فلابد ممن يذب عنها والرجال على ذلك أقدر وأما غير هؤلاء ممن ذوات الرحم المحرم من الاخوات والخالات والعمات اذا كان الصغير عندهن فالحكم في الجارية كالحكم في الغلام وهو انها تترك في أيديهن الى ان تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم الى الاب وانما كان كذلك لانها وان كانت تحتاج بعد الاستغناء الى تعلم آداب النساء لكن في تأديبها استخدامها وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الامهات من الاخوات والخالات والعمات فتسلمها الى الاب احترازا عن الوقوع في المعصية وأما التي للرجال فاما وقتها فما بعد الاستغناء في الغلام الى وقت البلوغ وبعد الحيض في الجارية اذا كانت عند الام أو الجدتين وان كانا عند غيرهن فما بعد الاستغناء فيهما جميعا الى وقت البلوغ لما ذكرنا من المعنى وانما توقت هذا الحق الى وقت بلوغ الصغير والصغيرة لان ولاية الرجال على الصغار والصغائر تزول بالبلوغ كولاية المال غير أن الغلام اذا كان غير مأمون عليه فللاب أن يضمه الى نفسه ولا يخلي سبيله كيلا يكتسب شيأ عليه وليس عليه نفقته الا أن يتطوع فاما اذا بلغ عاقلا واجتمع رأيه واستغنى عن الاب وهو مأمون عليه فلا حق للاب في امساكه كما ليس له أن يمنعه من ماله فيخلي سبيله فيذهب حيث شاء والجارية ان كانت ثيبا وهي غير مأمونة على نفسها لا يخلي سبيلها ويضمها الى نفسه وان كانت مأمونة على نفسها فلا حق له فيها ويخلي سبيلها وتترك حيث أحبت وان كانت بكرا لا يخلي سبيلها وان كانت مأمونة على نفسها لانها مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها الخداع وأما شرطها فمن شرائطها العصوبة فلا تثبت الا للعصبة من الرجال ويتقدم الاقرب فالاقرب الاب ثم الجد أبوه وان علا ثم الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب ثم العم لاب وأم ثم العم لاب ثم ابن العم لاب وأم ثم ابن العم لاب ان كان الصبي غلاما وان كان جارية فلا تسلم اليه لانه ليس بمحرم منها لانه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها وأما الغلام فانه عصبة وأحق به ممن هو أبعد منه ثم عم الاب لاب وأم ثم عم الاب لاب ثم عم الجد لاب وأم ثم عم الجد لاب ولو كان لها ثلاثة أخوة كلهم على درجة واحدة بان كانوا كلهم لاب وأم أو لاب أو ثلاثة أعمام كلهم على درجة واحدة فأفضلهم صلاحا وورعا أولى فان كانوا في ذلك سواء فأكبرهم سنا أولى بالحضانة فان لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم اختار لها القاضي أفضل المواضع لان الولاية في هذه الحالة اليه فيراعى الاصلح فان رآه أصلح ضمها اليه والا فيضعها عند امرأة مسلمة أمينة وكل ذكر من قبل النساء فلا حق له في الولد مثل الاخ لام والخال وأبو الام لانعدام العصوبة وقال محمد ان كان للجارية ابن عم وخال وكلاهما لا بأس به في دينه جعلها القاضي عند الخال لانه محرم وابن العم ليس بمحرم فكان المحرم أولى والاخ من الاب أحق من الخال لانه عصبة وهو أيضا أقرب لانه من أولاد الاب والخال من أولاد الجد وذكر الحسن ابن زياد أن الصبي اذا لم يكن له قرابة من قبل النساء فالعم أولى به من الخال وأبو الام لانه عصبته والاخ لاب أولى من العم وكذلك ابن الاخ لانه أقرب فان لم تكن له قرابة أشفق من جهة أبيه من الرجال والنساء فان الام أولى من الخال والاخ لام لان لها ولادا وهي أشفق ممن لا ولاد له من ذوي الارحام ومنها اذا كان الصغير جارية أن تكون عصبتها ممن يؤتمن عليها فان كان لا يؤتمن لفسقه ولخيانته لم يكن له فيها حق لان في كفالته لها ضررا عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر حتى لو كانت الاخوة والاعمام غير مأمونين على نفسها ومالها لا تسلم اليهم وينظر القاضي امرأة من المسلمين ثقة عدلة أمينة فيسلمها اليها الى أن تبلغ فتترك حيث شاءت وان كانت بكرا ومنها اتحاد الدين فلا حق للعصبة في الصبي الا أن يكون على دينه كذا ذكر محمد وقال هذا قول أبي حنيفة وقياسه لان هذا الحق لا يثبت الا للعصبة واختلاف الدين يمنع التعصيب وقد قالوا في الاخوين اذا كان أحدهما مسلما والآخر يهوديا والصبي يهودي أن اليهودي أولى به لانه عصبته لا المسلم والله عز وجل الموفق ولا خيار للغلام والجارية اذا اختلف الابوان فيهما قبل

البلوغ عندنا وقال الشافعي يخير الغلام اذا عقل التخيير واحتج بما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت زوجي يريد أن ينتزع ابنه مني وانه قد نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة فقال استهما عليه فقال الرجل من يشاقني في ابني فقال النبي صلى الله عليه وسلم للغلام اختر أيهما شئت فاختار أمه فأعطاها اياه ولان في هذا نظر للصغير لانه يحتاج الاشفق ولنا ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للام أنت أحق به ما لم تنكحي ولم يخير ولان تخيير الصبي ليس بحكمة لانه لغلبة هواه يميل الى اللذة الحاضرة من الفراغ والكسل والهرب من الكتاب وتعلم آداب النفس ومعالم الدين فيختار شر الابوين وهو الذي يهمله ولا يؤدبه وأما حديث أبي هريرة رضي الله عنه فالمراد منه التخيير في حق البالغ لانها قالت نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة ومعنى قولها نفعني أي كسب علي والبالغ هو الذي يقدر على الكسب وقد قيل ان بئر أبي عتبة بالمدينة لا يمكن الصغير الاستقاء منه فدل على ان المراد منه التخيير في حق البالغ ونحن به نقول ان الصبي اذا بلغ يخير والدليل عليه ما روى عن عمارة بن ربيعة المخزومي انه قال غزا أبي نحو البحرين فقتل فجاء عمي ليذهب بي فخاصمته أمي الى علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومعي أخ لي صغير فخيرني علي رضي الله عنه ثلاثا فاخترت أمي فابى عمي ان يرضى فوكزه علي رضي الله عنه بيده وضربه بدرته وقال لو بلغ هذا الصبي أيضا خير فهذا يدل على ان التخيير لا يكون الا بعد البلوغ

﴿فصل﴾ وأما بيان مكان الحضانة فمكان الحضانة مكان الزوجين اذا كانت الزوجية بينهما قائمة حتى لو أراد الزوج أن يخرج من البلد وأراد أن يأخذ ولده الصغير ممن له الحضانة من النساء ليس له ذلك حتى يستغنى عنها لما ذكرنا انها أحق بالحضانة منه فلا يملك انتزاعه من يدها لما فيه من ابطال حقها فضلا عن الاخراج من البلد وان أرادت المرأة أن تخرج من المصر الذي هي فيه الى غيره فللزوج أن يمنعها من الخروج سواء كان معها ولد اولم يكن لان عليها المقام في بيت زوجها وكذلك اذا كانت معتدة لا يجوز لها الخروج مع الولد وبدونه ولا يجوز للزوج اخراجها لقوله عز وجل لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وأما اذا كانت منقضية العدة فارادت أن تخرج بولدها من البلد الذي هي فيه الى بلد فهذا على أقسام ان أرادت أن تخرج الى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك مثل أن تزوج كوفية بالكوفة ثم نقلها الى الشام فولدت أولادا ثم وقعت الفرقة بينهما وانقضت العدة فارادت أن تنقل أولادها الى الكوفة فلها ذلك لان المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضى به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها لان من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر انه يقيم فيه والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك البلد فكان راضيا بالتفريق الا ان النكاح ما دام قائما يلزمها اتباع الزوج فاذا زال فقد زال المانع وان وقع النكاح في غير بلدها لم يكن لها ان تنتقل بولدها الى بلدها بان تزوج امرأة كوفية بالشام فوقعت الفرقة فارادت أن تنقل ولدها الى الكوفة لم يكن لها ذلك لانه اذا لم يقع النكاح في بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام في بلدها فلم يكن راضيا بحضانة الولد فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق ولو أرادت أن تنقل الولد الى بلد ليس ذلك ببلدها ولكن وقع النكاح فيه كما اذا تزوج كوفية بالشام فنقلها الى البصرة فوقعت الفرقة بينهما فأرادت أن تنتقل بأولادها الى الشام ليس لها ذلك كذا ذكر في الاصل لان ذلك البلد الذي وقع فيه النكاح ليس ببلدها ولا بلد الزوج بل هو دار غربة لها كالبلد الذي فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضيا بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق فاعتبر في الاصل شرطين أحدهما أن يكون البلد الذي تريد ان تنقل اليه الولد بلدها والثاني وقوع النكاح فيه فما لم يوجد الا يثبت لها ولاية النقل وروى عن أبي يوسف ان لها ذلك واعتبر مكان العقد فقط واليه أشار محمد في الجامع الصغير فقال وانما أنظر في هذا الى عقدة النكاح أين وقعت وهكذا اعتبر الطحاوي والخصاف اتباعا لقول محمد في الجامع وهذا غير سديد لان محمدا وان أجمل المسئلة في الجامع فقد فصلها في الاصل على الوجه الذي وصفنا والمجمل يحمل على المفسر وقد يكون المفسر بيانا للمجمل كالنص

المجمل من الكتاب والسنة اذا لحق به التفسير انه يصير مفسرا من الاصل كذا هذا والله عز وجل الموفق هذا اذا كانت المسافة بين البلدين بعيدة فان كانت قريبة بحيث يقدر الاب أن يزور ولده ويعود الى منزله قبل الليل فلها ذلك لانه لا يلحق الاب كبير ضرر بالنقل بمنزلة النقل الى أطراف البلد وأما أهل السواد فالحكم فى السواد كالحكم فى المصر فى جميع الفصول الا فى فصل واحد وبيانه ان النكاح اذا وقع فى الرستاق فارادت المرأة أن تنقل الصبى الى قريتها فان كان أصل النكاح وقع فيها فلها ذلك كما فى المصر لما قلنا وان كان وقع فى غيرها فليس لها نقله الى قريتها ولا الى القرية التى وقع فيها النكاح اذا كانت بعيدة لما ذكرنا فى المصر وان كانت قريبة على التفسير الذى ذكرنا فلها ذلك كما فى المصر وان كان الاب متوطنا فى المصر فارادت نقل الولد الى القرية فان كان تزوجها فيها وهى قريتها فلها ذلك وان كانت بعيدة عن المصر لما ذكرنا فى المصر وان لم تكن تلك قريتها فان كانت قريته ووقع فيها أصل النكاح فلها ذلك كما فى المصر وان كان لم يقع النكاح فيها فليس لها ذلك وان كانت قريبة من المصر بخلاف المصرين لان أخلاق أهل السواد لا تكون مثل أخلاق أهل المصر بل تكون أجفى فيتخلق الصبى باخلاقهم فيتضرر به ولم يوجد من الاب دليل الرضا بهذا الضرر اذ لم يقع أصل النكاح فى القرية والله عز وجل أعلم وليس للمرأة أن تنقل ولدها الى دار الحرب وان كان قد تزوجها هنالك وكانت حربية بعد ان يكون زوجها مسلما أو ذميا لان فى ذلك اضرارا بالصبى لانه يتخلق باخلاق الكفرة فيتضرر به وان كان كلاهما حربيين فلها ذلك لان الصبى تبع لهما وهما من أهل دار الحرب والله عز وجل أعلم وهو الموفق

﴿كتاب الاعتاق﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى مواضع فى بيان أنواع الاعتاق وفى بيان ركن الاعتاق وفى بيان شرائط الركن وفى بيان صفة الاعتاق وفى بيان حكم الاعتاق وفى بيان وقت ثبوت حكمه وفى بيان ما يظهر به الاعتاق أما الاول فالاعتاق فى القسمة الاولى ينقسم الى أربعة أقسام واجب ومندوب اليه ومباح ومحظور أما الواجب فالاعتاق فى كفارة القتل والظهار واليمين والافطار الا انه فى باب القتل والظهار والافطار واجب على التعيين عند القدرة عليه وفى اليمين واجب على التخيير قال الله تعالى فى كفارة القتل والظهار فتحرير رقبة وفى كفارة اليمين أو تحرير رقبة وانه أمر بصيغة المصدر كقوله عز وجل فضرب الرقاب وقوله عز وجل والوالدات يرضعن أولادهن وقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ونحو ذلك وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى كفارة الافطار أعتق رقبة وأما المندوب اليه فهو الاعتاق لوجه الله تعالى من غير ايجاب لان الشرع ندب الى ذلك لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أيما مؤمن أعتق مؤمنا فى الدنيا أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار وعن واثلة بن الاسقع قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صاحب لنا قد أوجب فقال صلى الله عليه وسلم اعتقوا عنه يعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار وعن أبى نجيح السلمى قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالطائف فسمعته يقول من رمى بسهم فى سبيل الله فله درجة فى الجنة ومن شاب شيبة فى الاسلام كانت له نورا يوم القيامة وأيما رجل مسلم أعتق رجلا مسلما كان به وقاء كل عظم من عظام محرره من النار وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كان بها وقاء كل عظم من عظام محررتها من النار وعن البراء بن عازب قال جاء اعرابى الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله علمنى عملا يدخلنى الجنة فقال صلى الله عليه وسلم أعتق النسمة وفك الرقبة فقال أوليسا واحدا فقال صلى الله عليه وسلم لا عتق النسمة ان تنفرد بعتقها وفك الرقبة ان تعين فى فكاكها وفى بعض الروايات ان تعين فى ثمنها وأما المباح فهو الاعتاق من غير نية لوجود معنى الاباحة فيه وهى تخيير العاقل بين تحصيل الفعل وتركه شرعا وأما المحظور فهو ان يقول لعبده أنت حر لوجه الشيطان

و يقع العتق لوجود ركن الاعتاق وشرطه وقوله لوجه الشيطان لبيان الغرض وتقسمه أيضاً أقساماً أخر نذكرها في مواضعها ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما ركن الاعتاق فهو اللفظ الذي جعل دلالة على العتق في الجملة أو ما يقوم مقام اللفظ فيحتاج فيه الى بيان الالفاظ التي يثبت بها العتق في الجملة امامع النية أو بدون النية والى بيان مالا يثبت به العتق من الالفاظ رأسا أما الاول فالالفاظ التي يثبت بها العتق في الجملة فتنقسم ثلاثة أقسام صريح وملحق بالصريح وكناية أما الصريح فهو اللفظ المشتق من العتق أو الحرية أو الولاء نحو قوله أعتقتك أو حررتك أو أنت عتيق أو معتق أو أنت مولاي لان الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع وهذه الالفاظ بهذه الصفة أما لفظ العتق والحرية فلا شك فيه لانه لا يستعمل الا في العتق فكان ظاهر المراد عند السامع فكان صريحا فلا يفتقر الى النية كصريح الطلاق اذ النية لتعيين المحتمل وأما لفظ الولاء فالمولى وان كان من الالفاظ المشتركة في الاصل لوقوعه على مسميات مختلفة الحدود والحقائق بمنزلة اسم العين والقرء وغيرهما فانه يقع على الناصر قال الله تعالى ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم ويقع على ابن العم قال الله تبارك وتعالى خبرا عن نبيه زكريا عليه الصلاة والسلام واني خفت الموالي من ورائي ويقع على المعتق والمعتق لكن ههنا لا يحتمل معنى الناصر لان المولى لا يستنصر بعبده ولا ابن العم اذا كان العبد معروف النسب ولا المعتق اذ العبد لا يعتق مولاه فتعين المعتق مرادا به واللفظ المشترك يتعين بعض الوجوه الذي يحتمله مرادا بدليل معين فكان صريحا في العتق فلا يحتاج الى النية كقوله أنت حر أو عتيق وكذا اذا ذكر هذه الالفاظ بصيغة النداء بان قال يا حر يا عتيق يا معتق لانه ناداه بما هو صريح في الدلالة على العتق لكون اللفظ موضوعا للعتق والحرية ولا يعتبر المعنى بالموضوعات فيثبت العتق من غير نية كقوله أنت حر أو عتيق أو معتق وذكر محمد انه لو كان اسم العبد حرا وعرف بذلك الاسم فقال له يا حر لا يعتق لانه اذا كان مسمى بذلك الاسم معروفا به لندائه يحمل على الاسم العلم لا على الصفة فلا يعتق وكذا اذا قال له يا مولاي يعتق عليه عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يعتق من غير نية وجه قوله ان قوله يا مولاي يحتمل التعظيم ويحتمل العتق فلا يحمل على التحقيق الا بالنية كقوله ياسيدي ويامالكي ولنا ان النداء للعبد باسم المولى لا يراد به التعظيم للعبد واكرامه عادة وانما يراد به الاعتاق فيحمل عليه كان قال أنت مولاي ولو قال ذلك يعتق عليه كذا هذا بخلاف قوله ياسيدي ويامالكي لان هذا قد يذكر على وجه التعظيم والاكرام فلا يثبت به العتق من غير قرينة وعلل محمد لهذا فقال لانا انما أعتقناه في قوله يا مولاي لاجل الولاء لا لاجل الملك ومعناه ما ذكرنا والله عز وجل أعلم ولو قال في شئ من هذه الالفاظ من قوله أعتقتك أو نحوه عنيت به الخبر كذبا لا يصدق في القضاء لعدوله عن الظاهر لانه يستعمل في انشاء العتق في عرف اللغة والشرع كما يستعمل في الاخبار فان العرب قبل ورود الشرع كانوا يعتقون عبيدهم بهذه الصيغة وفي الحمل على الخبر حمل على الكذب وظاهر حال العاقل بخلافه فلا يصدق في القضاء كما لو قال لامرأته طلقتك ونوى به الاخبار كذبا لا يصدق في القضاء ويصدق به فيما بينه وبين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله كلامه لانه يحتمل الاخبار وان كان ارادته الخبر خلاف الظاهر ولو قال عنيت به انه كان خبرا فان كان موكدا لا يصدق أصلا لانه كذب محض وان كان انشاء لا يصدق قضاء لان الظاهر ارادة الانشاء من هذه الالفاظ فلا يصدق في العدول عن الظاهر ويصدق ديانة لان اللفظ يحتمل الاخبار عن الماضي ولو قال أنت حر من عمل كذا أو أنت حر اليوم من هذا العمل عتق في القضاء لان العتق بالنسبة الى الاعمال والازمان لا يتجزأ لاستحالة ان يعتق اليوم ويسترق غدا أو يعتق في عمل ويرق في عمل فكان الاعتاق في عمل دون عمل وفي زمان دون زمان اعتاقا من الاعمال كلها وفي ...ن بأسرها فاذا نوى بعض الاعمال والازمان فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي وكذا اذا قال أنت مولاي وقال عنيت به الموالاة في الدين لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر اذ هو يستعمل لولاء العتق ظاهرا

و يصدق ديانة لان اللفظ يحتمل ما نوى ولو قال ما أنت الا حر عتق لان قوله ما أنت الا حر آكد من قوله أنت حر لانه اثبات بعد النفي كقولنا لا اله الا الله ولو قال أنت حر لوجه الله تعالى عتق لان اللام في قوله لوجه الله تعالى لام الغرض فقد نجز الحرية و بين ان غرضه من التحرير وجه الله عز وجل وكذا لو قال لعبده أنت حر لوجه الشيطان عتق ذكره محمد في الاصل لانه أعتقه بقوله أنت حر و بين غرضه الفاسد من الاعتاق فلا يقدح في العتق ولو دعى عبده سالما فقال يا سالم فأجابه مرزوق فقال أنت حر ولا نية له عتق الذي أجابه لان قوله أنت حر خطاب والمتكلم أولى بصرف الخطاب اليه من الساكت ولو قال عنيت سالما عتقا في القضاء أما مرزوق فلان الاشارة مصروفة اليه لما بينا فلا يصدق في انه ما عناه وأما سالم فباقراره وأما فيما بينه و بين الله تعالى فانما يعتق الذي عناه خاصة لان الله تعالى يطلع على سره ولو قال يا سالم أنت حر فاذا هو عبد آخر له أو لغيره عتق سالم لانه لا مخاطب ههنا الا سالم فيصرف قوله أنت حر اليه والله عز وجل أعلم وأما الذي هو ملحق بالصريح فهو ان يقول لعبده وهبت لك نفسك أو وهبت نفسك منك أو بعت نفسك منك و يعتق سواء قبل أو لم يقبل نوى أو لم ينو لان الايجاب من الواهب أو البائع ازالة الملك من الموهوب أو المبيع وانما الحاجة الى القبول من الموهوب له والمشتري لثبوت الملك لهما وههنا لا يثبت للعبد في نفسه لانه لا يصلح مملوكا لنفسه فتبقى الهبة والبيع ازالة الملك عن الرقيق لا الى أحد وهذا معنى الاعتاق ولهذا لا يفتقر الى القبول فلا يحتاج الى النية أيضا لان اللفظ صريح في الدلالة على زوال الملك عن الموهوب والمبيع والاعتاق ازالة الملك وقد قال أبو حنيفة اذا قال لعبده وهبت لك نفسك وقال أردت وهبت له عتقه أي لا أعتقه لم يصدق في القضاء لان الهبة وضعت لازالة الملك عن الموهوب وهبة العتق استبقاء الملك على الموهوب فقد عدل عن ظاهر الكلام فلا يصدق في القضاء و يصدق فيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله كلامه و روى عن أبي يوسف فيمن قال لعبده أنت مولى فلان أو عتيق فلان انه يعتق في القضاء لانه أخبر انه معتق فلان ولا يكون معتق فلان الا وان يكون مملوكا لفلان فاعتقه فان أعتقك فلان فليس بشيء لان قوله أعتقك فلان يحتمل انه أراد أن فلانا أنشأ العتق فيك ولا يكون ذلك الا بعد الملك و يحتمل انه أراد به انه قال لك الحال أنت حر ولا ملك له فيه فلا يعتق بالشك والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل اذا اشترى أباه أو أمه أو ابنه عتق عليه نوى أو لم ينو عند عامة العلماء لان شراءه جعل اعتاقا شرعا حتى تتأدى به الكفارة اذا اشترى أباه ناويا عن الكفارة في قول أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر والشافعي وعند مالك لا يعتق الا باعتاق مبتدأ والاصل ان كل من يملك ذا رحم محرم منه بالشراء أو بقبول الهبة أو الصدقة أو الوصية أو بالارث يعتق عليه وقال مالك لا يعتق ما لم يعتقه وقال الشافعي لا يعتق بالملك الا من له ولاد فاما من لا ولاد له فلا يعتق الا باعتاق مبتدأ أما مالك فانه احتج بما روى أبو داود في سننه باسناده عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه حقق صلى الله عليه وسلم الاعتاق عقيب الشراء ولو كان الشراء نفسه اعتاقا لم يتحقق الاعتاق عقيبه لان اعتاق المعتق لا يتصور فدل ان شراء القريب ليس باعتاق ولان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالة الملك و بينهما منافاة فكيف يكون اللفظ الواحد اثباتا وازالة ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت أخي يباع فاشتريته وأنا أريد أن أعتقه فقال له صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى قد أعتقه والحديثان حجة على مالك والشافعي ومعنى قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة فتعتقه أي تعتقه بالشراء يحمل على هذا عملا بالاحاديث كلها صيانة لها عن التناقض واما قوله الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالة الملك فنعم ولكن الممتنع اثبات حكم وضده بلفظ واحد في زمان واحد وأما في زمانين فلا لان علل الشرع في الحقيقة دلائل واعلام على المحكومات الشرعية فيجوز ان يكون لفظ الشراء السابق علما على ثبوت الملك في الزمان الاول وذلك اللفظ بعينه علما على ثبوت العتق في الزمان الثاني اذ لا تنافي عند اختلاف الزمان وأما

الكلام مع الشافعي مبني على ان القرابة المحرمة للنكاح فيما سوى الولاد وهي قرابة الاخوة والعمومة والخؤولة حرام القطع عندنا وعنده لا يحرم قطعها وعلى هذا يبنى وجوب القطع بالسرقة ووجوب النفقة في هذه القرابة انه لا يقطع ويجب النفقة عندنا خلافا له ولا خلاف في ان قرابة الولاد حرام القطع ولا خلاف أيضا في ان القرابة التي لا تحرم النكاح كقرابة بني الاعمام غير محرمة القطع فالشافعي يلحق هذه القرابة بقرابة بني الاعمام ونحن نلحقها بقرابة الولاد وجه قوله ان العتق انما يثبت بالقرابة لكون العتق صلة وكون القرابة مستدعية للصلة والاحسان الى القريب والعتق من أعلى الصلات فلا يثبت الا بأعلى القرابات وهي قرابة الولاد لما فيها من الجزئية والبعضية ولا يوجد ذلك في هذه القرابة فلا يلحق بها بل يلحق بالقرابة البعيدة وهي قرابة بني الاعمام ولهذا الحق بها في كثير من الاحكام وهي جريان القصاص في النفس والطرف وقبول الشهادة والحبس بالدين وجواز الاستئجار ونكاح الحليلة وعدم التكاتب ولنا ان قرابة الولاد انما أوجبت العتق عند الملك لكونها محرمة القطع وابقاء الملك في القريب يفضي الى قطع الرحم لان الملك نفسه من باب الذل والهوان فيورث وحشة وانها توجب التباعد بين القريبين وهو تفسير قطيعة الرحم، وشرع السبب المفضي الى القطع مع تحريم القطع متناقض فلا يبقى الملك دفعا للتناقض فلا يبقى الرق ضرورة لانه لم يشرع بقاؤه في المسلم والذمي الا لاجل الملك المحترم للمالك المعصوم واذا زال الرق ثبت العتق ضرورة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة القطع لان النصوص المقتضية لحرمة قطع الرحم عامة أو مطلقة قال الله تبارك وتعالى واتقوا الله الذي تساءلون به والارحام معناه واتقوا الله الذي تساءلون به فلا تعصوه واتقوا الارحام فلا تقطعوها ويحتمل ان يكون معناه واتقوا الله وصلوا الارحام وقد روى في الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال صلوا الارحام فانه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الآخرة والامر بالوصل يكون نهيا عن القطع لانه ضده والامر بالفعل نهي عن ضده وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرحم شجنة من الله تعالى معلقة بالعرش تقول يارب هذا مقام العائذ بك قطعت ولم أوصل فيقول الله تبارك وتعالى أما يكفيك انى شققت لك اسما من اسمي أنا الرحمن وأنت الرحم فمن وصلك وصلته ومن قطعك بتته ومثل هذا الوعيد لا يكون الا بارتكاب المحرم فدل ان قطع الرحم حرام والرحم هو القرابة سميت القرابة رحما اما باعتبار ان الرحم مشتق من الرحمة كما جاء في الحديث والقرابة سبب الرحمة والشفقة على القريب طبعا واما باعتبار العضو المخصوص من النساء المسمى بالرحم محل السبب الذي يتعلق به وجود القرابات فكان كل قرابة أو مطلق القرابة محرمة القطع بظاهر النصوص الا ما خص أو قيد بدليل ثم نخرج الاحكام أما جريان القصاص فلا يفضي الى قطع الرحم لان القصاص جزاء الفعل وجزاء الفعل يضاف الى الفاعل فكان الاخ القاتل أو القاطع هو قاطع الرحم فكانه قتل نفسه أو قطع طرفه باختياره وكذا الحبس بالدين لانه جزاء المطل الذي هو جناية فكان مضافا اليه وأما الاجارة فهي عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بالمال وانه حصل باختياره فلا يفضي الى القطع الا انه لا يجوز استئجار الاب ابنه في الخدمة التي يحتاج اليها الاب لا لانه يفضي الى قطيعة الرحم بل لان ذلك يستحق على الابن شرعا فلا يجوز ان يستحق الاجر في مقابلته فلا يدخل في العقد ولو استأجر الابن أباه يصح ولكن يفسخ احتراما للاب ونحن نسلم ان للاب زيادة احترام شرعا يظهر في حق هذا وفي حق القصاص والحبس ولا كلام فيه وأما نكاح الحليلة فانه وان كان فيه نوع غضاضة لكن هذا النوع من الغضاضة غير معتبر في تحريم القطع فلان الجمع بين الاختين حرم للصيانة عن قطيعة الرحم ثم يجوز نكاح الاخت بعد طلاق أختها وانقضاء عدتها وان كان لا يخلو عن نوع غضاضة وأما التكاتب فعند أبي يوسف ومحمد يتكاتب الاخ كما في قرابة الولاد وعن أبي حنيفة فيه روايتان ثم نقول عدم تكاتب الاخ لا يفضي الى قطيعة الرحم لان ملكه لا يصلح للتكاتب لانه من باب الصلة والتبرع وملك المكاتب ملك ضروري لا يظهر في حق التبرع والعتق فاذا لم يتكاتب عليه لم يقدر الاخ على ازالة الذل عنه وهو الملك فلا يفضي الى الغضاضة بخلاف الولد لان ملك المكاتب وان كان ضروريا لم يشرع الا في حق حرية نفسه لكن

حرية

حرية أبيه وابنه فى معنى حرية نفسه لان المرء يسعى لحرية أولاده وآبائه مثل ما يسعى لحرية نفسه فهو الفرق والله عز وجل أعلم وسواء كان المالك لذى الرحم المحرم بالغا أو صبيا عاقلا أو مجنونا يعتق عليه اذا ملكه لعموم قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر ولانه علق الحكم وهو الحرية بالملك فيقتضى ان كل من كان من أهل الملك كان من أهل هذا الحكم والصبى والمجنون من أهل الملك فكانا من أهل هذا الحكم فان قيل ان الصبى العاقل اذا اشترى أباه يعتق عليه وشراء القريب اعتاق عند أصحابنا حتى تتأدى به الكفارة والصبى وان كان عاقلا فليس من أهل الاعتاق فينبغى ان لا يعتق أو لا يكون الشراء اعتاقا قيل ان كون شراء الاب اعتاقا عرفناه بالنص وهو ما رويناه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه والنص قابل للتخصيص والتقييد وقد قام الدليل على ان الصبى ليس بمراد لانه ليس من أهل الاعتاق فلا يكون الشراء من الصبى وان كان عاقلا اعتاقا بل يكون تمليكا فقط فيعتق عليه بالملك شرعا لقول النبى صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر لا بالاعتاق ولو ملك حليلة ابنه أو منكوحة أبيه أو أمه من الرضاع لا يعتق عليه وكذا اذا ملك ابن العم أو العمة أو ابنتها أو ابن الخال أو الخالة أو بنتيهما لا يعتق لان شرط العتق ملك ذى رحم محرم فلا بد من وجودهما أعنى الرحم المحرم ففى الاول وجد المحرم بلا رحم وفى الثانى وجد الرحم بلا محرم فلا يثبت العتق وأهل الاسلام وأهل الذمة فى ذلك سواء لاستوائهم فى حرمة قطع الرحم وأهلية الاعتاق وأهلية الملك ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حر وولاء المعتق لمن عتق عليه لان العتق ان وقع بالشراء فالشراء اعتاق وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق وان وقع بالملك شرعا فالملك للمعتق عليه فكان الولاء له ولو اشترى أمة وهى حبلى من أبيه والامة لغير الاب جاز الشراء وعتق ما فى بطنها ولا تعتق الامة ولا يجوز بيعها قبل ان تضع وله ان يبيعها اذا وضعت أما جواز الشراء فلا شك فيه لان شراء الاخ جائز كشراء الاب وسائر ذوى الرحم المحرم وأما عتق الحمل فلانه أخوه وقد ملكه فيعتق عليه ولا تعتق الام عليه لانها أجنبية عنه لعدم القرابة بينهما بحققه انه لو ملكها أبوه لا تعتق عليه فابنه أولى وأما عدم جواز بيعها ما دام الحمل قائما فلان فى بطنها ولدا حرا ولان بيع الحامل بدون الحمل لا يجوز ألا ترى انه لو باعها واستثنى الحمل يفسد البيع فاذا كان الولد حرا والحر لا يكون محلا للبيع يصير كانه استثنى الولد واذا وضعت جاز بيعها لان المانع قد زال واذا ملك شقصا من ذى رحم محرم منه عتق عليه قدر ما ملك فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد وزفر يعتق كله كما لو اعتق شقصا من عبد له أجنبى لان العتق يتجزأ عنده وعندهم لا يتجزأ ولو ملك رجلان ذا رحم محرم من أحدهما حتى عتق عليه فهذا لا يخلو اما ان ملكاه بسبب لهما فيه صنيع واما ان ملكاه بسبب لا صنيع لهما فيه فان ملكاه بسبب لهما فيه صنع بان ملكاه بالشراء أو بقبول الهبة أو الصدقة أو الوصية لا يضمن من عتق عليه لشريكه شيأ موسرا كان أو معسرا فى قول أبى حنيفة ولكن يسعى له العبد فى نصيبه وعند أبى يوسف ومحمد يضمن الذى عتق عليه نصيبه ان كان موسرا وعلى هذا الخلاف اذا باع رجل نصف عبده من ذى رحم محرم من عبده أو وهبه له حتى عتق عليه لا يضمن المشترى نصيب البائع عند أبى حنيفة موسرا كان القريب أو معسرا ولكن يسعى العبد فى نصف قيمته للبائع وعندهما يضمن ان كان موسرا وان كان معسرا يسعى العبد ولو قال الرجل لعبد ليس بقريب له ان ملكته فهو حر ثم اشتراه الحالف وغيره صفقة واحدة ذكر الجصاص أنه على هذا الخلاف أنه لا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة وعندهما يضمن وذكر الكرخى أنى لا أعرف الرواية فى هذه المسئلة واجمعوا على أن العبد اذا كان بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من قريب العبد حتى عتق عليه أن المشترى يضمن نصيب الشريك الساكت ان كان موسرا ولا يضمن البائع شيأ والكلام فى هذه المسائل بناء على أن الاعتاق يتجزأ عند أبى حنيفة وعندهما لا يتجزأ ووجه البناء على هذا الاصل ان الاعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما وشراء القريب اعتاق فكان شراء نصيبه اعتاقا لنصيبه واعتاق نصيبه اعتاق لنصيب صاحبه فيعتق كله كالعبد المشترك بين اثنين اعتقه أحدهما وهو موسر ولما كان متجزئا عنده كان شراء نصيبه

اعتاقا لنصيبه خاصة فلم يكن افسادا لنصيب شريكه ولا تمليكا لنصيبه أيضا لان ذلك ثبت لضرورة تكميل الاعتاق لضرورة عدم التجزئة فاذا كان متجزئا عنده فلا ضرورة الى التكميل فلا حاجة الى التمليك والدليل عليه أنه لا ضمان اذا كان معسرا او ضمان الاتلاف والتمليك لا يسقط بالاعسار وكان ينبغي أن لا يجب الضمان على الشريك المعتق الا انا عرفنا وجوب الضمان ثمة مخالفا للاصول بالنص نظرا للشريك الساكت وهو مستحق للنظر اذ لم يوجد منه الرضا بمباشرة الاعتاق من الشريك ولا بمباشرة شرطه وههنا وجد لان كل واحد من المشتريين راض بشراء صاحبه وكيف لا يكون راضيا به وأن شراء كل واحد منهما شرط لصحة شراء صاحبه حتى لو أوجب البائع لهما فقبل أحدهما دون صاحبه لم يصح وكذا البائع نصف عبده من ذى رحم محرم راض بشرائه ومن رضى بالضرر لا ينظر له فلم تكن هذه المواضع نظير المنصوص عليه فبقى الحكم فيها على الاصل بخلاف العبد المشترك بين اثنين باع أحدهما نصيبه من ذى رحم محرم منه لان هناك لم يوجد دليل الرضا من الشريك الساكت بشراء القريب أصلا حتى يوجب سقوط حقه فى الضمان فكان فى معنى المنصوص عليه فيلحق به ثم وجه الكلام لابى حنيفة على طريق الابتداء أنه وان سلم أن شراء نصيبه اعتاق لنصيبه وافساد لنصيب شريكه لكن هذا افساد مرضى به من جهة الشريك لانه رضى بشراء نفسه واثبات الملك له فى نصيبه ولا يمكنه ذلك بدون شراء صاحبه لان الخلاف فيما اذا أوجب البائع البيع لهما صفقة واحدة فلا بد وأن يكون القبول موافقا للايجاب اذ البائع ما رضى الا به ألا ترى أنه لو قال بعت منكما فقبل أحدهما ولم يقبل الآخر لم يصح البيع فكان الرضا بشراء نفسه رضا بشراء صاحبه فكان شراء القريب افساد النصيب الشريك برضا الشريك فلا يوجب الضمان كما اذا كان العبد مشتركا بين اثنين فقال أحدهما لصاحبه اعتق نصيبك أو رضيت باعتاق نصيبك فاعتق لا يضمن كذا هذا فان قيل هذه النكتة لا تمشى فى الهبة فان أحدهما اذا قبل الهبة دون الآخر يثبت له الملك فلم يكن الرضا بقبول الهبة فى نصيبه رضا بقبول صاحبه فلم يكن هذا افسادا مرضيا به من جهة الشريك وكذا لا تمشى فيما اذا لم يعلم الشريك الاجنبي أن شريكه قريب العبد لانه اذا لم يعلم به لم يعلم كون شراء الشريك اعتاقا لنصيبه فلا يعلم كونه افساد النصيب شريكه فلا يثبت رضاه بالافساد لان الرضا بالشئ بدون العلم به محال فالجواب أن هذا من باب عكس العلة لانه أراه الحكم مع عدم العلة وهذا تفسير العكس والعكس ليس بشرط فى العلل الشرعية لجواز أن يكون لحكم واحد شرعى علل فنحن نفينا وجوب الضمان فى بعض الصور بما ذكرنا ونبقيه فى غيره بعلة أخرى ثم نقول أما فصل الهبة فنقول كل واحد منهما وان لم يكن قبوله شرط صحة قبول الآخر حتى ينفرد كل واحد منهما بالقبول لكنهما اذا قبلا جميعا كان قبولهما بمنزلة شئ واحد لانه جواب ايجاب واحد مثاله اذا قرأ المصلى آية واحدة قصيرة أو طويلة على الاختلاف يتعلق به الجواز ولو قرأ عشر آيات أو أكثر يتعلق الجواز بالكل ويجعل الكل كآية واحدة كذا هذا وأما فصل العلم فتخريجه على جواب ظاهر الرواية وهو أن عند أبى حنيفة لا يجب الضمان سواء علم أو لم يعلم وعندهما يجب علم أو لم يعلم نص عليه فى الجامع الصغير اما على أصلهما فظاهر لان الضمان عندهما يجب مع العلم فمع الجهل أولى وأما على أصل أبى حنيفة فلان سقوط ضمان الاتلاف عند الاذن والرضا به لا يقف على العلم فان من قال لرجل كل هذا الطعام والآذن لا يعلم أنه طعام نفسه فأكله الرجل لا يستحق الضمان عليه وان لم يعلم به وهذا لان حقيقة العلم ليست بشرط فى بناء الاحكام عليها بل المعتبر هو سبب حصول العلم والطريق الموصل اليه ويقام ذلك مقام حقيقة العلم كما يقام سبب القدرة مقام حقيقة القدرة وطريق حصول العلم ههنا فى يده وهو السؤال والفحص عن حقيقة الحال فاذا لم يفعل فقد قصر فلا يستحق الضمان وروى بشر عن أبى يوسف أنه فصل بين العلم والجهل فقال ان كان الاجنبي يعرف ذلك فان العبد يعتق ويسعى للاجنبي فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وان كان لا يعلم فهو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء تم عليه وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ووجه هذه الرواية ان الشراء مع شركة الاب عيب فكان بمنزلة سائر العيوب أنه ان علم به المشترى يلزمه البيع كما فى سائر العيوب وان لم يعلم به لم يلزمه مع العيب واذا لم يلزمه العقد

فى

فى حق أحد الشريكين لم يلزم فى حق الآخر فلا يعتق العبد و يثبت للمشترى حق الفسخ وذكر فى الجامع الصغير لو اشترى رجل نصف عبد ثم اشترى أب العبد النصف الباقى وهو موسر فالمشترى بالخيار بمنزلة عبد بين اثنين اعتقه أحدهما فالمشترى بالخيار لانه لم يوجد من المشترى الاجنبى ماهو دليل الرضا فى سقوط الضمان عن الاب فلا يسقط وروى عن أبى يوسف أنه قال لو أن عبدا اشترى نفسه هو وأجنبى من مولاه فالبيع باطل فى حصة الاجنبى لانه اجتمع العتق والبيع فى عقد واحد فى زمان واحد لان بيع نفس العبد منه اعتاق على مال فلا يصح البيع بخلاف الرجلين اشتريا ابن أحدهما أنه يصح وان اجتمع الشراء والعتق فى عقد واحد لان شراء القريب تملك فى الزمان الاول واعتاق فى الزمان الثانى وأنه جائز لما بينا وروى عن أبى يوسف أنه قال اذا قال ان ملكت من هذا العبد شيأ فهو حر ثم اشتراه الحالف وأبوه صفقة واحدة عتق على الاب وهذا على أصله لان العتق عنده لا يتجزأ وقد اجتمع للعتق سببان القرابة واليمين الا أن القرابة سابقة على اليمين فاذا ملكاه صار كان عتق الاب أسبق فيعتق النصيبان عليه ولهذا قال فى رجل قال ان اشتريت فلانا أو بعضه فهو حر فادعى رجل آخر أن ابنه ثم اشترياه عتق عليهما و نصف ولائه للذى أعتقه وهو ابن للذى ادعاه لان النسب ههنا لم يسبق اليمين فيعتق نصيب كل واحد منهما عليه وولاؤه بينهما لانه عتق عليهما والولاء للمعتق وان ملك اثنان ذا رحم محرم من أحدهما بسبب لا صنع لهما فيه بان ورثا عبدا وهو قريب أحدهما حتى عتق عليه لا يضمن نصيب شريكه موسرا كان أو معسرا ولكن يسعى العبد فى نصف قيمته لشريكه فى قولهم جميعا لان العتق ههنا ثبت بالملك شرعا من غير اعتاق من جهة أحد من العباد اذ لا صنع لاحد من العباد فى الارث ووجوب الضمان على المرء يعتمد شرعا صنعا من جهته ولم يوجد من القريب فلا يضمن والله الموفق ومن هذا القبيل ألفاظ النسب وذكرها لا يخلو اما أن يكون على وجه الصفة واما أن يكون على سبيل الفداء فان ذكرها على طريق الصفة بان قال لمملوكه هذا ابنى فهو لا يخلو اما ان كان يصلح ابناله بان كان يولد مثله لمثله واما ان كان لا يصلح ولا يخلو اما ان كان مجهول النسب أو معروف النسب من الغير فان كان يصلح ابناله فان كان مجهول النسب يثبت النسب والعتق بالاجماع وان كان معروف النسب من الغير لا يثبت النسب بلا شك ولكن يثبت العتق عندنا وعند الشافعى لا يثبت العتق والاصل عنده أن العتق بناء على النسب فان ثبت النسب ثبت العتق والا فلا وان كان لا يصلح ابناله فلا يثبت النسب بلا شك وهل يعتق قال أبو حنيفة يعتق سواء كان مجهول النسب أو معروف النسب وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق والاصل عندهما أن العتق مبنى على تصور النسب واحتمال ثبوته فان تصور ثبوته ثبت العتق والا فلا والاصل عند أبى حنيفة أن ثبوت العتق لا يقف على ثبوت النسب ولا على تصور ثبوته وكذلك لو قال لمملوكته هذه بنتى فهو على هذا التفصيل والاتفاق والاختلاف الذى ذكرنا فى الابن وجه قولهم أن العتق لو ثبت لا يخلو اما ان ثبت ابتداء أو بناء على ثبوت النسب لا وجه للاول لانه لم يوجد الاعتاق ابتداء ولا سبيل للثانى أما عند الشافعى فلان النسب لم يثبت فى المسئلتين جميعا فلا يثبت العتق بناء عليه وأما عندهما فلان فى المسئلة الثانية لا يتصور ثبوت النسب فلا يثبت العتق و فى المسئلة الاولى يتصور ثبوت النسب منه حقيقة بالزنا والاشتهار من غيره بناء على النسب الظاهر فيعتق ولابى حنيفة أن كلام العاقل المتدين يحمل على الصحة والسداد ما أمكن لاعتبار عقله ودينه دلالة وأمكن تصحيح هذا الكلام من وجهين الكناية والمجاز أما الكناية فلوجود طريق الكناية فى اللغة وهو الملازمة بين الشيئين أو المجاورة بينهما غالبا على وجه يكون بينهما تعلق الوجود به أو عنده أو تعلق البقاء وتكون الكناية كالتابع للمكنى والمكنى هو المقصود فيترك اسم الاصل صريحا ويكنى عنه باسم الملازم اياه التابع له كما فى قوله عز وجل أو جاء أحد منكم من الغائط والغائط اسم للمكان الخالى المطمئن من الارض كنى به عن الحدث للملازمة بين هذا المكان و بين الحدث غالبا وعادة اذ العادة ان الحدث يوجد فى مثل هذا المكان تسترا عن الناس وكذا الاستنجاء والاستجمار كناية عن تطهير موضع الحدث اذ الاستنجاء طلب النجو والاستجمار طلب الجمار

وكذا العرب تقول مازلنا نطأ السماء حتى أتينا كم أى نطأ المطر اذ المطر ينزل من السماء ونحو ذلك من مواضع الاستعمال والبنوة فى الملك ملازمة للحرية فجاز ان يكنى بقوله هذا ابنى عن قوله هذا معتق وذكر الصريح والكناية فى الكلام سواء ولو صرح فقال هذا معتق عتق فكذا اذا كنى به وأما المجاز فلان من طرقه المشابهة بين الذاتين فى المعنى الملازم المشهور فى محل الحقيقة فيطلق اسم المستعار عنه على المستعار له لاظهار المعنى الذى هو ظاهر فى المستعار عنه خفى فى المستعار له كما فى الاسد مع الشجاع والحمار مع البليد ونحو ذلك وقد وجد هذا الطريق ههنا من وجهين أحدهما ان الابن فى اللغة اسم للمخلوق من ماء الذكر والانثى وفيه معنى ظاهر لازم وهو كونه منعما عليه من جهة الاب بالاحياء لاكتساب سبب وجوده وبقائه بالتربية والمعتق منعم عليه من جهة المعتق اذ الاعتاق انعام على المعتق وقال الله عز وجل واذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه قيل فى التفسير أنعم الله تعالى عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالاعتاق فكان بينهما مشابهة فى هذا المعنى وأنه معنى لازم مشهور فيجوز اطلاق اسم الابن على المعتق مجاز الاظهار نعمة العتق كاطلاق اسم الاسد على الشجاع والحمار على البليد والثانى ان بين معتق الرجل و بين ابنه الداخل فى ملكه مشابهة فى معنى الحرية وهو معنى لازم للابن الداخل فى ملكه بحيث لا ينفك عنه وانه مشهور فيه فوجد طريق الاستعارة فصحت الاستعارة وقد خرج الجواب عن قولهم ان العتق اما ان ثبت ابتداء أو بناء على النسب لانا نقول ابتداء لكن باحد الطريقين وهو الكناية أو المجاز على ما بينا ولا يلزم على أبى حنيفة ما اذا قال لامرأته هذه بنتى ومثله لا يلد مثلها انه لا تقع الفرقة بينهما لان اقراره بكونها بنتا له نفى النكاح لاجل النسب وههنا لم يثبت النسب فلا ينتفى النكاح فاما ثبوت العتق فليس يقف على ثبوت النسب والدليل على التفرقة بين المسئلتين انه لو قال لزوجته وهى معروفة النسب من الغير هذه بنتى لم تقع الفرقة ولو قال لامته هذه بنتى وهى معروفة النسب تعتق وما افترقا الا لما قلنا وكذا لو قال لزوجته هذه بنتى وهى تصلح بنتا له ثم قال أوهمت أو أخطأت لا تقع الفرقة ولو قال لامته هذه بنتى وهى تصلح بنتا له ثم قال أوهمت أو أخطأت يقع العتق فدل على التفرقة بينهما وكذلك لو قال هذا أبى فان كان يصلح أبا له وليس للقائل أب معروف يثبت النسب والعتق بلا خلاف وان كان يصلح أبا له ولكن للقائل أب معروف لا يثبت النسب و يعتق عندنا خلافا للشافعى وان كان لا يصلح أبا له لا يثبت النسب بلا شك ولكن يعتق عند أبى حنيفة وعندهما لا يعتق وكذلك لو قال هذه أمى فالكلام فيه كالكلام فى الاب وأما الكلام فى الحرية بان كان المملوك أمة ففى كل موضع يثبت النسب تثبت الحرية والا فلا ولو قال لعبده هذه بنتى أو قال لامته هذا ابنى اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يعتق وقال بعضهم لا يعتق ولو قال لمملوكه هذا عمى أو خالى يعتق بلا خلاف بين أصحابنا ولو قال هذا أخى أو أختى ذكر فى الاصل انه لا يعتق بخلاف قوله هذا ابنى أو أبى أو عمى أو خالى وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يعتق كما فى قوله عمى أو خالى وجه هذه الرواية انه وصف مملوكه بصفة من يعتق عليه اذا ملكه فيعتق عليه كما اذا قال هذا عمى أو خالى وجه رواية الاصل ان قوله هذا أخى يحتمل تحقيق العتق و يحتمل الاكرام والتحفى به لانه يستعمل فى ذلك عرفا وشرعا قال الله تعالى فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم فلا يحمل على العتق من غير نية بخلاف اسم الخال والعم فانه لا يستعمل فى الاكرام عرفا وعادة فلا يقال هذا خالى أو عمى على ارادة الاكرام فكان ذكره للتحقيق و بخلاف قوله هذا ابنى أوهذا أبى لانه لا يستعمل فى الاكرام عرفا وشرعا وقد منع الشرع من ذلك قال الله تعالى وما جعل أدعياءكم أبناءكم وقال سبحانه وتعالى أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم وروى انهم كانوا يسمون زيد بن حارثة زيد بن محمد فنزل قوله تعالى ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين فكفوا عن ذلك وان لم يكن مستعملا فى الاكرام يحمل على التحقيق وأما النداء فهو ان يقول يا ابنى يا أبى يا بنتى يا أمى يا خالى يا عمى أو يا أختى أو يا أخى على رواية الحسن لا يعتق فى هذه الفصول لان الغرض بذكر اسم النداء هو استحضار المنادى لا تحقيق معنى الاسم فيه الا اذا كان الاسم موضوعا له على ما بينا

فاحتمل

فاحتمل انه أراد به النداء على طريق الاكرام دون تحقيق العتق فلا يحمل على العتق من غير نية ولو قال لعبده يا ابن
أو لامته يا ابنة لا يعتق لعدم الاضافة الى نفسه ولو قال يا ابني أو يا بنية يعتق لوجود الاضافة وأما الكناية فنحو قوله
لا سبيل لى عليك أو لا ملك لى عليك أو خليت سبيلك أو خرجت من ملكى فان نوى العتق يعتق والا فلا لان كل
واحد من هذه الالفاظ يحتمل العتق و يحتمل غيره فان قوله لا سبيل لى عليك يحتمل سبيل اللوم والعقوبة أى ليس لى
عليك سبيل اللوم والعقوبة لوفائك بالخدمة والطاعة و يحتمل لا سبيل لى عليك لانى كاتبتك فزالت يدى عنك
و يحتمل لا سبيل لى عليك لانى أعتقتك فلا يحمل على العتق الا بالنية و يصدق اذا قال عنيت به غير العتق الا اذا قال
لا سبيل لى عليك الا سبيل الولاء فانه يعتق فى القضاء ولا يصدق انه أراد به غير العتق لانه نفى كل سبيل وأثبت سبيل
الولاء واطلاق الولاء يراد به ولاء العتق وذلك لا يكون الا بعد العتق ولو قال الا سبيل الموالاة دين فى القضاء لان
مطلق الموالاة يراد بها الموالاة فى الدين أو يستعمل فى ولاء الدين وولاء العتق فاى ذلك نوى يصدق فى القضاء وقوله
لا ملك لى عليك يحتمل ملك اليد أى كاتبتك فزالت يدى عنك و يحتمل لا ملك لى عليك لانى بعتك و يحتمل لا ملك لى
عليك لانى أعتقتك فتقف على النية وقوله خليت سبيلك يحتمل سبيل الاستخدام أى لا أستخدمك و يحتمل
أعتقتك ولو قال له أمرك بيدك أو قال له اختر وقف على النية لانه يحتمل العتق وغيره فكان كناية ولو قال له أمر عتقك
بيدك او جعلت عتقك فى يدك أو قال له اختر العتق أو خيرتك فى عتقك أو فى العتق لا يحتاج فيه الى النية لانه صريح
ولكن لا بد من اختيار العبد العتق و يقف على المجلس لانه تمليك وقوله خرجت عن ملكى يحتمل ملك التصرف
فيكون بمعنى كاتبتك و يحتمل اعتقتك ولو قال لمملوكه نسبك حر او أصلك حر فان كان يعلم أنه سبى لا يعتق وان لم يكن
سبى يعتق لان الاصل ان حرية الابوين تقتضى حرية الولد لان المتولد من الحرين يكون حرا الا ان حرية المسبى
بطلت بالسبى فبقى الحكم فى غير المسبى على الاصل ولو قال لعبده أنت لله تعالى لم يعتق فى قول أبى حنيفة وقال أبو
يوسف ان نوى العتق يعتق وجه قوله ان قوله لله تعالى يحتمل ان يكون بيان جهة القربة للاعتاق المحذوف فاذا نوى
العتق يعتق كما لو قال أنت حر لله ولابى حنيفة ان الاعتاق اثبات صفة للمملوك لم تكن ثابتة قبل الاعتاق لانه اثبات
العتق ولم يوجد لان كونه لله تعالى كان ثابتا قبل الاعتاق فلم يكن ذلك اعتاقا فلا يعتق ولو قال له أنت عبد الله لم يعتق بلا
خلاف أما على قول أبى حنيفة فظاهر لما ذكرنا ان الاعتاق انشاء العتق فيقتضى ان لا يكون ثابتا قبله وكونه عبد الله
صفة ثابتة له قبل هذه المقالة وأما على قول أبى يوسف فلان قوله عبد الله لا يحتمل ان يكون جهة القربة للاعتاق وقوله لله
تعالى يحتمل ذلك وروى عن أبى يوسف انه قال اذا قال لعبده قد جعلتك لله تعالى فى صحته أو مرضه وقال لم أنو العتق
ولم يقل شيأ حتى مات قبل ان يبين لا يعتق وان نوى العتق عتق وكذلك اذا قال هذا فى مرضه فمات قبل ان يبين فهو
عبد أيضا لانه يحتمل انه أراد بهذا اللفظ النذر و يحتمل انه أراد به العتق فلا يعتق الا بالنية ولا يلزم الورثة بعد الموت
الصدقة لان النذر يسقط بالموت عندنا وروى عن أبى يوسف انه قال اذا قال لامته أطلقتك يريد به العتق تعتق لان
الاطلاق ازالة اليد والمرء يزيل يده عن عبده بالعتق و بغير العتق بالكتابة فاذا نوى به العتق تعتق كما لو قال
لها خليت سبيلك ولو قال لها طلقتك يريد به العتق لا تعتق عندنا لما نذكر ولو قال فرجك على حرام
يريد العتق لم تعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان كما لو اشترى أخته من الرضاعة أو جارية قد وطئ
أمها أو بنتها أو جارية مجوسية انها لا تعتق وروى عن أبى يوسف انه قال اذا قال لعبده أ ن ت ح ر أ وقال
لزوجته أ ن ت ط ا ل ق فتهجى ذلك هجاء ان نوى العتق أو الطلاق وقع لانه يفهم من هذه
الحروف عند انفرادها ما يفهم عند التركيب والتأليف الا انها ليست بصريحة فى الدلالة على المعنى لانها عند انفرادها
لم توضع للمعنى فصارت بمنزلة الكناية فتقف على النية وأما ما يقوم مقام اللفظ فى الدلالة على العتق فالكتابة المستبينة
لانها فى الدلالة على المراد بمنزلة اللفظ الا أن فيها ضرب استتار وابهام لان الانسان قد يكتب ذلك لارادة العتق وقد

يكتب لتجويد الخط فالتحق بسائر الكنايات فافتقر الى النية والكلام في هذا كالكلام في الطلاق وقد ذكرناه في الطلاق وكذا الاشارة من الاخرس اذا كانت معلمة مفهومة المراد لانها في الدلالة على المراد في حقه كالعبارة في الطلاق والاصل في قيام الاشارة مقام العبارة قوله تعالى خطابا لمريم عليها السلام فقولي اني نذرت للرحمن صوما أي صمتا وامساكا وذلك على الاشارة لا على القول منها وقد سماها الله تعالى قولا فدل أنها تعمل عمل القول وأما الالفاظ التي يقع بها العتق أصلا نوى أو لم ينو فنحو أن يقول لعبده قم أو اقعد أو اسقني ونوى به العتق لان هذه الالفاظ لا تحتمل العتق فلا تصح فيها نية العتق وكذا لو قال لا سلطان لي عليك لان السلطنة عبارة عن نفاذ المشيئة على وجه القهر فانتفاؤها لا يقتضي انتفاء الرق كالمكاتب فلا يقتضي العتق بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لانه نفي السبل كلها ولا ينتفي السبيل عليها مع قيام الرق ألا ترى أن للمولى على مكاتبه سبيل المطالبة ببدل الكتابة وكذا السلطان يحتمل الحجة أيضا فقوله لا سلطان لي عليك أي لا حجة لي عليك وانتفاء حجته على عبده لا يوجب حريته وكذا لو قال لعبده اذهب حيث شئت أو توجه حيث شئت من بلاد الله تعالى يريد به العتق أو قال له أنت طالق أو طلقتك أو أنت بائن أو ابنتك أو قال لامته أنت طالق أو طلقتك أو أنت بائن أو ابنتك أو أنت على حرام أو حرمتك أو أنت خلية أو برية أو بتة أو اذهبي أو اخرجي أو اعزبي أو تقنعي أو استبرئي أو اختاري ونوى العتق فاختارت وغير ذلك مما ذكرنا في الطلاق وهذا عندنا وعند الشافعي يقع العتق بها اذا نوى ولقب المسئلة أن صريح الطلاق وكناياته لا يقع بها العتاق عندنا خلافا له وجه قوله أن قوله لمملوكته أنت طالق أو طلقتك اثبات الانطلاق أو ازالة القيد وانه نوعان كامل وذلك بزوال الملك والرق وهو تفسير العتق وناقص وذلك بزوال اليد لا غير كما في المكاتب والمأذون فاذا نوى به العتق فقد نوى أحد النوعين فنوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته ولهذا اذا قال لزوجته أنت حرة ونوى به الطلاق طلقت كذا هذا ولنا أن هذه الالفاظ المضافة الى المملوك عبارات عن زوال يد المالك عنه أما قوله أنت طالق فلان الطلاق عبارة عن رفع القيد والقيد عبارة عن المنع عن العمل لا عن الملك والمانع يد المالك فرفع المانع يكون بزوال يده وزوال يد المالك عن المملوك لا يقتضي العتق كالمكاتب وكذا قوله اذهب حيث شئت أو توجه الى أين شئت لانه عبارة عن رفع اليد عنه وانه لا ينفي الرق كالمكاتب وبه تبين أن القيد ليس بمتنوع بل هو نوع واحد وزواله عن المملوك لا يقتضي زوال الملك كالمكاتب وكذا قوله أنت بائن أو ابنتك لانه ينبيء عن الفصل والتبعيد وكذا التحريم يجامع الرق كالاخت من الرضاعة والامة المجوسية ونحو ذلك بخلاف قوله لامرأته أنت حرة لان التحريم تخليص والقيد ثبوت فينافيه ولان ملك اليمين لا يثبت بلفظ النكاح وما لا يملك بلفظ النكاح لا يزول الملك عنه بلفظ الطلاق كسائر الاعيان وهذا لان الطلاق رفع ما يثبت بالنكاح فاذا لم يثبت ملك اليمين بلفظ النكاح لا يتصور رفعه بلفظ الطلاق بخلاف قوله لامرأته أنت حرة ونوى به الطلاق لان ملك المتعة لا يختص ثبوته بلفظ النكاح فانه كما يثبت بغير النكاح يثبت بغيره من الشراء وغيره فلا يختص زواله بلفظ الطلاق ألا ترى أنه يزول بردة المرأة وكذا بشرائها بان اشترى الزوج امرأته فجاز أن يزول بلفظ التحرير ولو قال لعبده رأسك رأس حر أو بدنك بدن حر أو فرجك فرج حر لم يعتق لان هذا تشبيه لكن بحذف حرف التشبيه وانه جائز من باب المبالغة قال الله تعالى وهي تمر مر السحاب أي كمر السحاب وقال الشاعر

وعيناك عيناها وجيدك جيدها * سوى أن عظم الساق منك دقيق

فتشبيه الشيء بالشيء لا يقتضي المشاركة بينهما في جميع الصفات وهذا معنى قولهم كلام التشبيه لا عموم له قال الله عز وجل كأنهن الياقوت والمرجان وقال تعالى كأنهن بيض مكنون فلا يعتق ولو نون فقال رأسك رأس حر وبدنك بدن حر وفرجك فرج حر عتق وحر لان هذا ليس بتشبيه بل هو وصف وقد وصف جملة أو ما يعبر به عن جملة بالحرية فيعتق ولو قال ما أنت الا مثل الحر أو أنت مثل الحر لم يعتق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى كذا ذكر في الاصل

لان هـذا تشبيه بحرف التشبيه والتشبيه لا يقتضي المشاركة في جميع الصفات بخلاف قوله ما أنت الا حر لان ذلك ليس بتشبيه بل هو تحرير لانه نفي وأثبت والنفي ما زاده الا تأكيدا كقول القائل لغيره ما أنت الا فقيه وروى عن أبي يوسف أنه قال اذا قال كل مالي حر وله عبيد لم يعتقوا لانه جمع بين العبيد وغيرهم من الاموال ووصف الكل بالحرية بقوله كل مالي حر ومعلوم أن غير العبيد من الاموال لا يحتمل الوصف بالحرية التي هي العتق فينصرف الوصف بالحرية الى الحرية التي يحتملها الكل وهي أن تكون جميع أمواله خالصة صافية له لا حق لاحد فيها فلا تعتق عبيده والله عز وجل الموفق

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المعتق خاصة و بعضها يرجع الى المعتق خاصة و بعضها يرجع اليهما جميعا و بعضها يرجع الى نفس الركن أما الذي يرجع الى المعتق خاصة فمنها أن يكون عاقلا حقيقة أو تقديرا حتى لا يصح الاعتاق من الصبي الذي لا يعقل والمجنون كما لا يصح الطلاق منهما وأما المجنون الذي يجن في حال و يفيق في حال فما يوجد منه في حال افاقته فهو فيه بمنزلة سائر العقلاء وما يوجد منه في حال جنونه فهو بمنزلة المجنون المطبق اعتبارا للحقيقة وأما السكران فاعتاقه كطلاقه وقد مر ذلك في كتاب الطلاق ومنها أن لا يكون معتوها ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغمى عليه ولا نائما حتى لا يصح الاعتاق من هؤلاء كما لا يصح الطلاق منهم لما ذكرنا في الطلاق ومنها أن يكون بالغا فلا يصح الاعتاق من الصبي وان كان عاقلا كما لا يصح الطلاق منه ولو قال رجل اعتقت عبدي وأنا صبي أو قال وأنا نائم كان القول قوله والاصل فيه أنه اذا أضاف الاعتاق الى حال معلوم الكون وهو ليس من أهل الاعتاق فيها يصدق بان قال أعتقته وأنا صبي أو وأنا نائم أو مجنون وقد علم جنونه أو وأنا حربي في دار الحرب على أصل أبي حنيفة ومحمد وقد علم ذلك منه لانه اذا أضاف الاعتاق الى زمان لا يتصور منه الاعتاق علم ان أراد به صيغة الاعتاق لا حقيقة الاعتاق فلم يصر معترفا بالاعتاق ولو قال أعتقته وأنا مجنون ولم يعلم له جنون لا يصدق لانه اذا أضافه الى حالة لا يتيقن وجودها فالظاهر أنه أراد الرجوع عما أقر به فلا يقبل منه ولو قال أعتقته قبل أن أخلق أو قبل أن يخلق لا يعتق لان زمان ما قبل انخلاقه وانخلاق العبد معلوم فقد أضاف الاعتاق الى زمان معلوم الكون ولا يتصور منه فيه الاعتاق فلا يعتق وأما كونه طائعا فليس بشرط عندنا خلافا للشافعي والمسئلة مرت في كتاب الطلاق وكونه جادا ليس بشرط بالاجماع حتى يصح اعتاق الهازل وكذا كونه عامدا حتى يصح اعتاق الخاطئ لما ذكرنا في الطلاق وكذا التكلم باللسان ليس بشرط فيصح الاعتاق بالكتابة المستبينة والاشارة المفهومة وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط في الاعتاق بعوض و بغير عوض اذا كان الخيار للمولى حتى يقع العتق و يبطل الشرط أما اذا كان بغير عوض فظاهر لان ثبوت الخيار لفائدة الفسخ والاعتاق بغير العوض لا يحتمل الفسخ وكذا ان كان بعوض لان العوض من جانب المولى هو العتق وانه لا يقبل الفسخ فلا معنى للخيار فيه وان كان الخيار للعبد فخلوه عن خياره شرط صحته حتى لو رد العبد العقد في مدة الخيار فينفسخ العقد ولا يعتق لان العوض في جانبه هو المال فكان محتملا للفسخ فيصح شرط الخيار فيه كما في الطلاق على مال وقد ذكرناه في كتاب الطلاق وعلى هذا الصلح من دم العمد بشرط الخيار وان الخيار ان كان مشروطا للمولى يبطل الخيار و يصح الصلح لان الخيار لثبوت الفسخ والذي من جانب المولى وهو العفو لا يحتمل الفسخ وان كان الخيار للقاتل جاز لان ما هو العوض من جانبه وهو المال قابل للفسخ ثم اذا اجاز الخيار و فسخ القاتل العقد هل يبطل العفو فالقياس أن يبطل لانه تعلق بشرط المال ولم يسلم المال وفي الاستحسان لا يبطل و يلزم القاتل الدية كذا روى عن محمد أما صحة العفو وسقوط القصاص فلان عفو الولي يصير شبهة والقصاص يسقط بالشبهات وأما وجوب الدية فلان الولي لم يرض باسقاطه بغير عوض ولا عوض الا الدية اذ هي قيمة النفس ثم فرق بين الاعتاق على مال و بين الكتابة فانه يجوز فيها شرط الخيار للمولى لانها عقد معاوضة يلحقها الفسخ فيجوز شرط الخيار في طرفيها كالبيع بخلاف الاعتاق على مال والله عز وجل

الموفق وكذا اسلام المعتق ليس بشرط فيصح الاعتاق من الكافر الا ان اعتاق المرتد لا ينفذ فى الحال فى قول أبى حنيفة بل هو موقوف وعندهما نافذ واعتاق المرتد نافذ بلا خلاف والمسألة نذكرها فى كتاب السير ان شاء الله تعالى وكذا صحة المعتق فيصح الاعتاق من المريض مرض الموت لان دليل الجواز لا يوجب الفصل الا ان الاعتاق من المريض يعتبر من الثلث لانه يكون وصية ومنها النية فى أحد نوعى الاعتاق وهو الكناية دون الصريح ويستوى فى صريح الاعتاق وكناياته ان يكون ذلك بمباشرة المولى بنفسه على طريق الاصالة أو بغيره على طريق النيابة عن المولى باذنه وأمره وذلك أنواع ثلاثة تفويض وتوكيل ورسالة فالتفويض هو التخيير والامر باليد صريحا وكناية على ما بينا والامر بالاعتاق كقوله اعتق نفسك وقوله أنت حر ان شئت والتوكيل هو ان يأمر غيره بالاعتاق بان يقول لغيره اعتق عبدى فلا نأمن غير التقييد بالمشيئة والرسالة معروفة وقد فسرناها فى كتاب الطلاق والحكم فى هذه الفصول فى العتاق كالحكم فيها فى الطلاق وقد استوفينا الكلام فيها فى كتاب الطلاق بتوفيق الله عز وجل ومنها عدم الشك فى الاعتاق وهو شرط الحكم بثبوت العتق فان كان شاكا فيه لا يحكم بثبوته لما ذكرنا فى الطلاق وأما الذى يرجع الى المعتق خاصة فنوعان أحدهما الاضافة فمنها ان يكون المضاف اليه العتق موجوداً بيقين فان لم يكن لم تصح الاضافة بان قال لجارية مملوكة له حمل هذه الجارية حر أو ما فى بطن هذه الجارية حر فان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت التكلم عتق وان ولدت لستة أشهر فصاعداً لم يعتق لانها اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت اليمين تيقنا بوجوده فى ذلك الوقت لان المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر فان ولدت واحداً لاقل منها بيوم ثم ولدت آخر لاكثر منها بيوم عتقا جميعاً لان الاول عتق لكونه فى البطن يوم الكلام فاذا عتق الاول عتق الثانى لانهما توأمان واما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً من وقت التكلم فلا نستيقن بوجوده وقت التكلم لاحتمال حدوثه بعد ذلك فوقع الشك فى ثبوت الحرية فلا تثبت مع الشك ومنها الاضافة الى بدن المعتق أو الى جزء جامع منه وهو الذى يعبر به عن جميع البدن او الى جزء شائع عندنا خلافا للشافعى حتى لو أضاف الى جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لا يصح عندنا وعنده يصح كما فى الطلاق غير انه اذا أضاف العتق الى جزء شائع منه لا يعتق كله عند ابى حنيفة وانما يعتق قدر ما اضاف اليه لا غير وعند ابى يوسف ومحمد يعتق كله وفى الطلاق تطلق كلها بلا خلاف بناء على أن العتق يتجزأ عند أبى حنيفة وعندهما لا يتجزأ والطلاق لا يتجزأ بالاجماع فابو حنيفة يحتاج الى الفرق بين الطلاق والعتاق ووجه الفرق له ان ملك النكاح لا يراد به الا الوطء والاستمتاع وذلك لا يتحقق فى البعض دون البعض فلا يكون اثبات حكم الطلاق فى البعض دون البعض مفيداً فلزم القول بالتكامل فاما ملك اليمين فلم يوضع للاستمتاع والوطء فانه يثبت مع حرمة الوطء والاستمتاع كالامة المجوسية والمحرمة بالرضاع والمصاهرة وانما وضع للاسترباح أو الاستخدام وذلك يتحقق مع قيام الملك فى البعض دون البعض فكان ثبوت العتق فى البعض دون البعض مفيداً فهو الفرق فلا ضرورة الى التكامل واما كون المضاف اليه العتق معلوما فليس بشرط لصحة الاضافة عند عامة العلماء فيصح اضافته الى المجهول بان قال لعبديه أحدكما حر او قال هذا حر أو هذا أو قال ذلك لامتيه وقال نفاة القياس شرط حتى لا تصح الاضافة الى المجهول عندهم والكلام فى العتاق على نحو الكلام فى الطلاق وقد ذكرناه فى كتاب الطلاق وسواء كانت الجهالة مقارنة أو طارئة بان عتق واحداً من عبيده عيناً ثم نسى المعتق لما ذكرنا فى كتاب الطلاق ومنها قبول العبد فى الاعتاق على مال فان لم يقبل لا يعتق ومنها المجلس وهو مجلس الاعتاق ان كان العبد حاضرا ومجلس العلم ان كان غائباً لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى وأما الذى يرجع اليهما جميعا فهو الملك اذ المالك والمملوك من الاسماء الاضافية والعلاقة التى تدور عليها الاضافة من الجانبين هى الملك فكون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته فيحتاج فى هذا الفصل الى بيان كون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته والى بيان انه هل يشترط ان يكون مملوكه وقت الاعتاق وهو التكلم بالعتق أم لا والى بيان من

يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الاعتاق المضاف اليه ومن لا يدخل أما الاول فالدليل على اعتبار هذا الشرط قول النبي صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولان زوال ملك المحل شرط ثبوت العتق فيه ولا بد للزوال من سابقة الثبوت وعلى هذا يخرج اعتاق عبد الغير بغير اذنه اذلا ينفذ لعدم الملك ولكن يتوقف على اجازة المالك عندنا وعند الشافعي لا يتوقف وهي مسئلة تصرفات الفضولي وموضعها كتاب البيوع وكذ العبد المأذون لا يملك الاعتاق وكذا المكاتب لانعدام ملك الرقبة وكذا لو اشترى العبد المأذون أو المكاتب ذا رحم منه لا يعتق عليه لما قلنا ولو اشترى العبد المأذون ذا رحم محرم من مولاه فان لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته عتق عليه لانه اذا لم يكن عليه دين فقد ملكه المولى فيعتق عليه كما لو اشتراه بنفسه وان كان عليه دين مستغرق لرقبته لا يعتق عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يعتق بناء على ان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده وعندهما يملك وهي من مسائل المأذون ولو اشترى المكاتب ابنه من مولاه أو ذا رحم محرم من مولاه لم يعتق في قولهم جميعا لان المولى لم يملكه لانه من كسب المكاتب والمولى لا يملك اكساب مكاتبه فلا يعتق ولو اشترت المكاتبة ابنها من سيدها عتق لان اعتاق المولى ينفذ في المكاتبة وولدها فيعتق من طريق الحكم لاجل النسب ويجوز اعتاق المولى المكاتب والعبد المأذون والمشترى قبل القبض والمرهون والمستأجر لقيام ملك الرقبة وكذا العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر اذا أعتقه الموصى له بالرقبة لما قلنا وعلى هذا الاصل يخرج قول أبي يوسف في الحربي اذا أعتق عبدا حربيا له في دار الحرب انه يعتق لقيام الملك وأما عند أبي حنيفة ومحمد فلا يعتق ولا خلاف في انه اذا أعتقه وخلى سبيله يعتق منهم من قال لا خلاف في العتق انه يعتق وانما الخلاف في الولاء انه هل يثبت منه أم لا ذكر الطحاوي عن أبي حنيفة ان للعبد ان يوالي من شاء ولا يكون ولاؤه للمعتق والصحيح ان الخلاف ثابت في العتق فانهم قالوا في الحربي اذا دخل الينا ومعه مماليك فقال هم مدبرون انه لا يقبل قوله وان قال هم أولادي أوهن أمهات أولادي قبل قوله فهذا يدل على ان التدبير لا يثبت في دار الحرب ورواية الطحاوي عن ابي حنيفة محمولة على ما اذا خرج الى دار الاسلام واذا خرج الى دار الاسلام فلا ولاء له عليه عندهما لانه لم يعتق باعتاقه وانما عتق بخروجه الى دار الاسلام وعند أبي يوسف عتق باعتاق مولاه له وجه قول أبي يوسف في مسئلة العتق انه أعتق ملك نفسه فيعتق كما لو باعه وكما لو كان في دار الاسلام فاعتق عبدا له حربيا أو مسلما أو ذميا وكالمسلم اذا أعتق عبده المسلم في دار الحرب ولا شك انه أعتق ملك نفسه لان أموال أهل الحرب املاكهم حقيقة الا ترى انهم يرثون ويورث عنهم ولو كانت جارية يصح من الحربي استيلاؤها الا انه ملك غير معصوم ولهما ان اعتاق الحربي عبده الحربي في دار الحرب بدون التخلية لا يفيد معنى العتق لان العتق عبارة عن قوة حكمية تثبت للمحل يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه وهذا لا يحصل بهذا الاعتاق بدون التخلية لان يده عليه تكون قائمة حقيقة وملك أهل الحرب في دار الحرب في ديانتهم بناء على القهر الحسي والغلبة الحقيقية حتى ان العبد اذا قهر مولاه فاستولى عليه ملكه واذا لم توجد التخلية كان تحت يده وقهره حقيقة فلا يظهر معنى العتق هذا معنى قول المشايخ معتق بلسانه مسترق بيده بخلاف ما اذا أعتق في دار الاسلام لان يد الاستيلاء والتملك تنقطع بثبوت العتق في دار الاسلام فيظهر معنى العتق وهو القوة الدافعة يد الاستيلاء وبخلاف المسلم اذا أعتق عبده المسلم في دار الحرب لان المسلم لا يدين الملك بالاستيلاء والغلبة الحقيقية ولو كان عبده حربيا فاعتقه المسلم في دار الحرب يعتق من غير تخلية استحسانا والقياس أن لا يعتق عندهما كالحربي اذا أعتق عبده الحربي في دار الحرب ومنهم من جعل المسئلة على الاختلاف وعلى هذا الخلاف اذا ملك الحربي في دار الحرب ذا رحم محرم منه انه لا يعتق عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يعتق لان ملك القريب يوجب العتق فكان الخلاف فيه كالخلاف في الاعتاق وأما الثاني فالاعتاق لا يخلو إما أن يكون تنجيزا وإما أن يكون تعليقا بشرط وإما أن يكون اضافة الى وقت فان كان تنجيزا يشترط قيام الملك وقت وجوده لان التنجيز اثبات

العتق للحال ولا عتق بدون الملك وان كان تعليقا فالتعليق فى الاصل نوعان تعليق محض ليس فيه معنى المعاوضة وتعليق فيه معنى المعاوضة فيكون تعليقا من وجه ومعاوضة من وجه والتعليق المحض نوعان أيضا تعليق بما سوى الملك وسببه من الشروط وتعليق بالملك أو بسبب الملك وكل واحد منهما على ضربين تعليق صورة ومعنى وتعليق معنى لا صورة فيقع الكلام فى الحاصل فى موضعين أحدهما فى بيان أنواع التعليق ما يشترط لصحته قيام الملك وقت وجوده وما لا يشترط والثانى فى بيان ما يظهر به وجود الشرط أما الاول فالتعليق المحض بما سوى الملك وسببه من الشروط فنحو التعليق بدخول الدار وكلام زيد وقدوم عمرو ونحو ذلك بأن يقول لعبده ان دخلت الدار فأنت حر أو ان كلمت فلانا أو اذا قدم فلان ونحو ذلك فانه تعليق صورة ومعنى لوجود حرف التعليق والجزاء وهذا النوع من التعليق لا يصح الا فى الملك حتى لو قال لعبد لا يملكه ان دخلت الدار فأنت حر ثم اشتراه فدخل الدار لا يعتق لان تعليق العتق بالشرط ليس الا اثبات العتق عند وجود الشرط لا محالة ولا عتق بدون الملك ولا يوجد الملك عند وجود الشرط الا اذا كان موجودا عند التعليق لان الظاهر بقاؤه الى وقت الشرط واذا لم يكن موجودا وقت التعليق كان الظاهر عدمه عند وجود الشرط فلا يثبت العتق عند وجوده لا محالة ولان اليمين بغير الله عز وجل شرط وجزاء والجزاء ما يكون غالب الوجود عند وجود الشرط أو متيقن الوجود عند وجوده لتحصيل معنى اليمين وهو التقوى على الامتناع أو على التحصيل فاذا كان الملك ثابتا وقت التعليق كان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط لان الظاهر بقاء الملك الى وقت وجود الشرط فيحصل معنى اليمين وكذا اذا أضاف اليمين الى الملك أو سببه كان الجزاء متيقن الوجود عند وجود الشرط فيحصل معنى اليمين فتنعقد اليمين ثم اذا وجد التعليق فى الملك حتى صح فالعبد على ملكه فى جميع الاحكام قبل وجود الشرط واذا وجد الشرط وهو فى ملكه يعتق وان لم يكن فى ملكه تنحل اليمين لا الى جزاء حتى لو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر فباعه قبل دخول الدار فدخل الدار وهو ليس فى ملكه يبطل اليمين ولو لم يدخل حتى اشتراه ثانيا فدخل الدار عتق لان اليمين لا يبطل بزوال الملك لان فى بقائها فائدة لاحتمال العود بالشراء وغيره من أسباب الملك الا أنه لم ينزل الجزاء عند الشرط لعدم الملك فاذا اعاد الملك واليمين قائم عتق على ما ذكرنا فى الطلاق ولو قال لعبده ان بعتك فأنت حر فباعه بيعا صحيحا لا يعتق لعدم الملك له فيه عند الشرط ولو باعه بيعا فاسدا وهو فى يده حنث لوجود الملك له فيه ولو كان التعليق فى الملك بشرطين يراعى قيام الملك عند وجود الشرط الاخير عندنا خلافا لزفر حتى لو قال لعبده ان دخلت هذين الدارين فأنت حر فباعه قبل الدخول فدخل احدى الدارين ثم اشتراه فدخل الدار الاخرى يعتق عندنا وعند زفر لا يعتق والمسئلة مرت فى كتاب الطلاق ولو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ان كلمت فلانا يعتبر قيام الملك عند الدخول أيضا لانه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين واليمين بالعتاق لا تنعقد الا فى الملك أو مضافة الى الملك أو بسببه كانه قال له عند الدخول ان كلمت فلانا فأنت حر ولو قال لعبده أنت حر ان شئت أو أحببت أو رضيت أو هويت أو قال لامته ان كنت تحبينى أو تبغضينى أو اذا حضت فأنت حرة فالجواب فيه كالجواب فى الطلاق وقد ذكرنا هذه المسائل وأخواتها فى كتاب الطلاق ولو قال أنت حر ان لم يشأ فلان فان قال فلان شئت فى مجلس علمه لا يعتق لعدم شرطه وان قال لا أشاء يعتق لكن لا بقوله لا أشاء لان له أن يشاء فى المجلس بل لبطلان المجلس باعراضه واشتغاله بشىء آخر بقوله لا أشاء ألا ترى أنه اذا قال ان لم يشأ فلان اليوم فأنت حر فقال فلان شئت لا يعتق ولو قال لا أشاء لا يعتق لان له أن يشاء بعد ذلك ما دامت المدة باقية الا اذا مضى اليوم ولم يشأ فحينئذ يعتق ولو علق بمشيئة نفسه فقال أنت حر ان شئت أنا فلم توجد المشيئة منه فى عمره لا يعتق ولا يقتصر على المجلس لان هذا ليس بتفريق العتاق بيده ولو قال أنت حر ان لم تشأ فان قال شئت لا يعتق لعدم الشرط وان قال لا أشاء لا يعتق لان العدم لا يتحقق بقوله لا أشاء اذ له أن يشاء بعد ذلك الى أن يموت بخلاف الفصل الاول لان هناك اقتصر على المجلس فاذا قال لا أشاء فقد أعرض عن المجلس وهنا لا يقتصر على

المجلس فله أن يشاء بعد ذلك حتى يموت فاذا مات فقد تحقق العدم فيعتق قبل موته بلا فصل و يعتبر من ثلث المال كوقوع العتق فى المرض اذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض ولو قال أنت حر غدا ان شئت فالمشيئة فى الغد فان شاء فى الحال لا يعتق مالم يشأ فى الغد ولو قال أنت حر ان شئت غدا فالمشيئة اليه فى الحال فاذا شاء فى الحال عتق غدا لان فى الفصل الاول علق الاعتاق المضاف الى الغد بالمشيئة فيقتضى المشيئة فى الغد و فى الفصل الثانى أضاف الاعتاق المعلق بالمشيئة الى الغد فيقتضى تقدم المشيئة على الغد و روى عن أبى حنيفة أنه قال المشيئة فى الغد فى الفصلين جميعاً وقال زفر المشيئة اليه للحال فى الفصلين جميعا ومن هذا القبيل قول الرجل لعبده ان أديت الى ألفا فأنت حر لانه تعليق صورة ومعنى لوجود الشرط والجزاء فيصح فى الملك و يتعلق العتق بوجود الشرط وهو الاداء اليه فى ملكه فاذا جاء بألف وهو فى ملكه وخلى بينه و بين الالف شاء المولى أو أبى وهو تفسير الجبر على القبول الا أن القاضى يجبره على القبض بالحبس كذا فسره محمد فقال ان العبد اذا أحضر المال بحيث يتمكن المولى من القبض عتق وهذا استحسان والقياس أن لا يعتق مالم يقبض أو يقبل وهو قول زفر (وجه) القياس أنه علق العتق بشرط الاداء اليه ولا يتحقق الاداء اليه الا بالقبض ولم يوجد فلا يعتق كما لو قال ان أديت الى عبدا فأنت حر فجاء بعبد ردىء وخلى بينه و بينه لا يعتق ولو قبل يعتق وكذا اذا قال ان أديت الى كرا من حنطة فأنت حر فأدى كرا من حنطة رديئة ولو قبل يعتق وكذا اذا قال ان أديت الى ثوبا أو دابة فأتى بثوب مطلق أو دابة مطلقة لا يعتق بدون القبول وكذا اذا قال ان أديت الى ألفا أحج بها أو حججت بها لا يعتق بتسليم الالف مالم يقبل وكذا اذا قال ان أديت الى هذا الدن من الخمر لا يعتق بالتخلية بدون القبول (وجه) الاستحسان ان أداء المال الى الانسان عبارة عن تسليمه اليه قال الله تبارك وتعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها أى تسلموا وقال سبحانه وتعالى خبرا عن نبيه موسى عليه الصلاة والسلام ان أدوا الى عباد الله أى سلموا وتسليم الشىء عبارة عن جعله سالما خالصا لا ينازعه فيه أحد وهذا يحصل بالتخلية ولهذا كانت التخلية تسليما فى الكتابة وكذا فى المعاوضات المطلقة فلا يحتاج فيه الى القبض كما لا يحتاج اليه فى الكتابة والمعاوضات المطلقة مع ما أن التخلية تتضمن القبض لانها تفيد التمكن من التصرف وهو تفسير القبض لا الجعل فى البراجم كما فى سائر المواضع وأما المسائل فهناك لم يوجد الشرط أما مسئلة العبد فلانه وان ذكر العبد مطلقا فانما أراد به المقيد وهو العبد المرغوب فيه لا ما ينطلق عليه اسم العبد علم ذلك بدلالة حاله فلا يعتق بأداء الردىء فاذا قبل يعتق لانه اذا قبل تبين أنه ما أراد به المقيد بل المطلق وعلم أن له فيه غرضا آخر فى الجملة فلا تعتبر الدلالة مع الصريح بخلافه حتى لو أتى بعبد جيد أو وسط وخلى يعتق وهو الجواب فى مسئلة الكر وأما مسئلة الثوب فثم لا يعتق مالم يقبل ولا يعتق بأداء الوسط لان الثياب أجناس مختلفة وأنواع متفاوتة واسم الثوب يقع على كل ذلك على الانفراد من الديباج والخز والكتان والكرباس والصوف وكل جنس تحته أنواع فكان الوسط مجهولا جهالة متفاحشة ولا يقع على أدنى الوسط من هذه الاجناس كما لا يقع على أدنى الردىء لان قيمة أدنى الوسط وهو الكرباس وهو ثوب تستتر به العورة مما لا يرغب فيه بمقابلة ازالة الملك عن عبد قيمته ألف ومتى بقى مجهولا لا تنقطع المنازعة فلا يتحقق التسليم والتخلية حتى لو قال ان أديت الى ثوبا هرويا فأنت حر يقع على الوسط واذا جاء به يجبر على القبول وكذا الجواب عن مسئلة الدابة لان الدواب أجناس مختلفة تحتها أنواع متفاوتة واسم الدابة يقع على كل ذلك على الانفراد حتى لو قال ان أديت الى فرسا فأنت حر فقد قالوا انه يقع على الوسط و يجبر على القبول وأما مسئلة الحج ففيها تفصيل ان قال ان أديت الى ألفا فحججت بها أو قال وحججت بها فأتى بالالف لا يعتق لانه علق العتق بشرطين فلا يعتق بوجود أحدهما ولو قال ان أديت الى ألفا أحج بها يعتق اذا خلى و يكون قوله أحج بها لبيان الغرض ترغيبا للعقد فى الاداء حيث يصير كسبه مصرفا الى طاعة الله تعالى لا على سبيل الشرط ومسئلة الخمر لا رواية فيها ولكن ذكر فى الكتابة انه اذا كاتب عبده على دن من خمر او على كذا عددا من الخنازير على انه متى أتى

بها فهو حر فقيل يكون كتابة فاسدة فلو جاء بها المكاتب وخلى بينه و بينها يعتق لوجود الشرط و يلزمه قيمة نفسه فيجوز ان يقاس عليه و يقال يعتق ههنا بالتخلية أيضا وقال بعض المشايخ ان العتق فى هذا الفصل ثبت من طريق المعاوضة لا بوجود الشرط حقيقة كما فى الكتابة والصحيح انه ثبت بوجود الشرط حقيقة كما فى سائر التعليقات بشروطها لا بطريق المعاوضة والمسائل تدل عليها فانه ذكر عن بشر بن الوليد انه قال سمعت أبا يوسف قال فى رجل قال لعبده اذا أديت الى ألفا فأنت حر او متى أديت أو ان أديت فان أبا حنيفة قال ليس هذا بمكاتب وللمولى أن يبيعه وكذا قال أبو يوسف ومحمد فان أدى قبل ان يبيعه فان أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمدا قالوا يجبر المولى على قبوله و يعتق استحسانا فان مات المولى قبل ان يؤدى الالف فالعبد رقيق يورث مع اكسابه بخلاف الكتابة ولو مات العبد قبل الاداء وترك مالا فماله كله للمولى ولا يؤدى عنه فيعتق بخلاف المكاتب وان بقى بعد الاداء فى يده مال مما اكتسبه فهو للمولى بخلاف المكاتب لان المكاتب فى يد نفسه ولا سبيل للمولى على اكسابه مع بقاء الكتابة فبعد الحرية أولى وقالوا ان المولى لو باعه قبل الاداء صح كما فى قوله لعبده ان دخلت الدار فأنت حر بخلاف المكاتب فانه لا يجوز بيعه من غير رضا المكاتب واذا رضى تنفسخ الكتابة ولو قال لعبدين له ان اديتما الى ألفا فأنتما حران فان أدى أحدهما حصته لم يعتق أحدهما لانه علق العتق بأداء الالف ولم يوجد وكذا اذا أدى أحدهما الالف كلها من عنده لانه جعل شرط عتقهما أداءهما جميعا الالف ولم يوجد الالف فلا يعتقان كما اذا قال لهما ان دخلتما هاتين الدارين فأنتما حران فدخل أحدهما لا يعتق ما لم يدخل الآخر وان أدى أحدهما الالف كلها وقال خمسمائة من عندى وخمسمائة أخرى بعث بها صاحبى ليؤديها اليك عتقا لوجود الشرط وهو أداء الالف منهما حصة أحدهما بطريق الاصالة وحصة الآخر بطريق النيابة لان هذا باب تجزئ فيه النيابة فقام أداؤه مقام أداء صاحبه ولو ادى عنهما رجل آخر لم يعتقا لعدم الشرط وهو أداؤهما وأما اذا أدى الاجنبى الالف وقال أؤديها اليك على انهما حران فقبلها المولى على ذلك عتقا لان هذا بمنزلة التعليق بشرط آخر مع الاجنبى كانه قال له ان أديت الى ألفا فعبدى حر و يرد المال الى المولى لان المولى لا يستحق المال بعتق عبده قبل الغير ولان منفعة هذا العتق تحصل له فلا يجوز ان يستحق بذلك على الغير مالا بخلاف ما اذا قال لآخر طلق امرأتك على ألفى هذه ودفع اليه فطلق ان الالف تكون للمطلق لان الزوج لم يحصل له بالطلاق منفعة اذ هو اسقاط حق والاجنبى صار متبرعا عنها بذلك فأشبه ما اذا قضى عنها دينا بخلاف العتق لانه حصلت للمولى منفعة وهو الولاء فلا يجوز أن يستحق بدلا على الغير ولو أداها الاجنبى وقال هما أمرانى ان أؤديها عنهما فقبلها المولى عتقا لوجود الشرط لانه يجوز أن يكون الرجل رسولا عنهما فأداء الرسول أداء المرسل فان أدى العبد من مال اكتسبه قبل القبول عتق لوجود الشرط و يرجع المولى عليه بمثله لان المولى ما أذن له بالاداء من هذا الكسب لان الاذن ثبت بمقتضى القبول والكسب كان قبل القبول فصار بمنزلة المغصوب بان غصب ألفا من رجل وأدى ولم يجز المغصوب منه أداءه فان العبد يعتق لوجود الشرط وللغاصب أن يسترد المغصوب وللمولى ان يرجع على العبد بمثلها وان أدى من مال اكتسبه بعد القبول صح الاداء وعتق العبد ولا يرجع المولى على العبد بمثله بعد العتق استحسانا والقياس ان يرجع لانه أدى مال المولى فيرجع عليه كما لوا اكتسبه قبل القبول بخلاف المكاتب لانه أدى من مال نفسه لان اكتسابه ملكه الا انهم استحسنوا فقالوا انه لا يرجع لانه أدى باذن المولى فكان اقدامه على هذا القبول اذنا له بالتجارة دلالة لانه لا يتوصل الى أداء الالف الا بالتجارة فيصير مأذونا فى التجارة فقد حصل الاداء من كسب هو مأذون فى الاداء منه من جهة المولى فلا يستحق الرجوع عليه أو نقول الكسب الحاصل بعد القبول ليس على حكم ملك المولى فى القدر الذى يؤدى ككسب المكاتب فصار من هذا الوجه كالمكاتب ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها بخلاف المكاتبة اذا ولدت ثم أدت فعتقت انه يعتق ولدها ولو قال العبد للمولى حط عنى مائة فحط عنه فادى تسعمائة لم يعتق لان الشرط لم يوجد بخلاف

الكتابة فان العتق فيها يثبت بطريق المعاوضة والحط يلتحق بأصل العقد في المعاوضات كالبيع وكذا لو أدى مكان الدراهم دنانير لا يعتق وان قبل لعدم الشرط ولو قال لعبده ان خدمتني سنة فانت حر فخدمه أقل من سنة لم يعتق حتى يكمل خدمته وكذا ان صالحه من الخدمة على دراهم أو من الدراهم التي جعل عليه على دنانير وكذا اذا قال اخدم أولادي سنة وأنت حر فمات بعضهم قبل تمام السنة لم يعتق وهذا كله دليل على ان العتق ثبت بوجود الشرط حقيقة فلا يختلف الحكم فيه بالرضا وعدمه واسقاط بعض الشرط كما في سائر الازمان ألا يرى انه اذا قال له ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فدخل احداهما وقال المولى أسقطت عنك دخول الاخرى لا يسقط كذا هذا ولو أبرأ المولى العبد من الالف لم يعتق لعدم الشرط وهو الاداء ولو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق وذكر محمد في الزيادات انه اذا قال ان أديت لي ألفا في كيس أبيض فانت حر فاداها في كيس أسود لا يعتق وفي الكتابة يعتق وهذا نص على ان العتق ههنا يثبت بوجود الشرط لا من طريق المعاوضة بخلاف الكتابة وان باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى اليه يجبر على القبول عند أبي يوسف وقال محمد في الزيادات لا يجبر على قبولها فان قبلها عتق وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يجبر على القبول ولم يذكر الخلاف وعلى هذا اذا رده عليه بعيب أو خيار وجه قول أبي يوسف ظاهر مطرد على الاصل لانه عتق تعلق بالشرط والجزاء لا يتقيد بالملك القائم فكان حكمه في الملك الثاني كحكمه في الملك الاول كما في قوله ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل وأما الوجه لمحمد فهو ان دلالة الحال دلت على التقييد بالملك القائم ظاهرا لان غرضه من التعليق بالاداء تحريضه على الكسب ليصل اليه المال وذلك في المال القائم وأكد ذلك بوجود العتق المرغب له في الكسب مع احتمال ان المراد منه مطلق الملك فاذا أتى بالمال بعد ما باعه واشتراه فلم يقبل لا يعتق لتقيده بالملك القائم ظاهرا بدلالة الحال واذا قبل يعتق لانه تبين ان المراد منه المطلق ولو قال لامته اذا أديت الي ألفا كل شهر مائة فانت حرة فقبلت ذلك فليس هذا بكتابة وله ان يبيعها مالم تؤد وان كسرت شهرا لم تؤد اليه ثم أدت اليه في غير ذلك الشهر لم تعتق كذا ذكر في رواية أبي حفص وهشام وذكر في رواية أخرى وقال هذه مكاتبة وليس له أن يبيعها وان كسرت شهرا واحدا ثم أدت في غير ذلك الشهر كان جائزا وجه هذه الرواية انه أدخل فيه الاجل فدل انه كتابة وجه رواية أبي حفص ان هذا تعليق العتق بشرط في وقت وهذا لا يدل على انه كتابة كما لو قال لها ان دخلت دار فلان اليوم أو دار فلان غدا فانت حرة لا يكون ذلك كتابة وان أدخل الاجل فيه والدليل على ان الصحيح هذه الرواية انه اذا قال لها اذا أديت الي ألفا في هذا الشهر فانت حرة فلم تؤدها في ذلك الشهر وأدتها في غيره لم تعتق ولو كان ذلك كتابة لما بطل ذلك الا بحكم الحاكم أو بتراضيهما فدل ان هذا ليس بكتابة بل هو تعليق بشرط لكن بوقت دون وقت ثم التعليق بالاداء هل يقتصر على المجلس فان قال متى أديت أو متى ما أديت او اذا ما أديت فلا شك ان هذا كله لا يقتصر على المجلس لان في هذه الالفاظ معنى الوقت وان قال ان أديت الي ذكر في الاصل انه يقتصر على المجلس وظاهر ما رواه بشر عن أبي يوسف يدل انه لا يقتصر على المجلس فانه قال في رواية عن أبي يوسف انه قال في رجل قال لعبده ان أديت الي ألفا فانت حر أو متى أديت أو ان أديت فقد سوى بين هذه الكلمات ثم في كلمة اذا أو متى لا يقتصر على المجلس فكذا في كلمة ان وكذا ذكر بشر ما يدل عليه فانه قال عطفا على روايته عن أبي يوسف ان المولى اذا باعه ثم اشتراه فأدى المال عتق ويبعد ان ينفذ البيع والشراء وأداء المال في مجلس واحد وهذا يدل على ان العتق لا يقتصر على المجلس في الالفاظ كلها والوجه فيه ظاهر لانه عتق معلق بالشرط فلا يقف على المجلس كالتعليق بسائر الشروط من قوله ان دخلت الدار فانت حر وغير ذلك وجه رواية الاصل ان العتق المعلق بالاداء معلق باختيار العبد فصار كانه قال أنت حر ان شئت ولو قال ان شئت يقتصر على المجلس ولو قال اذا شئت أو متى شئت لا يقتصر على المجلس كذا ههنا وسواء أدى الالف جملة واحدة أو على التفاريق خمسة وعشرة وعشرين انه يجبر على القبول حتى اذا تم الالف يعتق لانه علق

العتق باداء الالف مطلقا وقد أدى وروى ابن رستم عن محمد فمين قال لعبده فى مرضه اذا أديت الى ألفا فانت حر وقيمة العبد ألف فأداها من مال اكتسبه بعد القول فانه يعتق من جميع المال استحسن أبو حنيفة ذلك وقال زفر يعتق من الثلث وهو القياس ووجهه أن الكسب حصل على ملك المولى لانه كسب عبده فاذا أسقط حقه عن الرقبة كان متبرعا فيعتبر من الثلث كما لو أعتقه ابتداء بخلاف الكتابة لان المولى لا علك اكساب العبد المكاتب فكان كسبه عوضا عن الرقبة فيعتق من جميع المال وجه الاستحسان أن القدر الذى يؤدى من الكسب الحاصل بعد القول ليس على ملك المولى ككسب المكاتب لان المولى أطمعه العتق بادائه اليه فصار تعليق العتق به سببا داعيا الى تحصيله فصار كسبه من هذا الوجه بمنزلة كسب المكاتب ولو قال له أد الى ألفا وأنت حر فلم يؤد لا يعتق لانه أتى بجواب الامر لان جواب الامر بالواو فيقتضى وجوب ما تعلق بالامر وهو الاداء ولو قال أد الى ألفا فانت حر فلا رواية فى هذا وقيل هذا والاول سواء لا يعتق الا باداء المال اليه لان جواب الامر قد يكون بحرف الفاء ولو قال أد الى ألفا أنت حر يعتق للحال أدى أو لم يؤد لانه لم يوجد ههنا ما يوجب تعلق العتق بالاداء حيث لم يأت بحرف الجواب والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل اذا قال لامته ان ولدت ولدا فهو حر أو قال اذا ولدت ولدا فهو حر ويعتبر لصحة قيام الملك فى الامة وقت التعليق كما فى قوله ان ولدت ولدا فانت حرة لان الملك اذا كان ثابتا فى الامة وقت التصرف فالظاهر بقاؤه الى وقت الولادة فلا حاجة الى اضافة الولادة الى الملك فيصح فاذا اصح التعليق فكل ولد تلده فى ملكه يعتق وان ولدت فى غير ملكه لا يعتق وتبطل اليمين بان ولدت بعد ما مات المولى أو بعد ما باعها ولو ضرب ضارب بطنها فالقت جنينا ميتا كان فيه ما فى جنين الامة لان الحرية تحصل بعد الولادة والضرب حصل قبل الولادة فكان عبدا فلا يجب ضمان الحر ولو قال اذا حملت بولد فهو حر كان فيه ما فى جنين الحرة لان الحرية تحصل منها بالحمل فالضرب صادفه وهو حر الا أنا لا نحكم به ما لم تلد لانا لا نعلم بوجوده فاذا ألقت فقد علمنا بوجوده وقت الضرب فان قيل الحرية لا تثبت الا بعد حدوث الحياة فيه ولا نعلم ذلك فكيف يحكم بحريته فالجواب أنه لما حكم الشرع بالارش على الضارب فقد صار محكوما بحدوث الحياة فيه لان الارش لا يجب الا باتلاف الحى ولو باعها المولى فولدت عند المشترى قبل مضى ستة أشهر كان الولد حرا والبيع باطل لانا تيقنا أنه باعها والحمل موجود والحرية ثابتة فيه وحرية الحمل تمنع جواز بيع الام لما مر وان ولدته لستة أشهر فصاعدا لم يعتق لانا لم نتيقن بحصول الولد يوم البيع فلا يجوز فسخ البيع واثبات الحرية ولو قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية فهذا لا يخلو من أوجه اما ان علم أيهما ولد أولا بان اتفق المولى والامة على انهما يعلمان ذلك واما ان لم يعلم بان اتفقا على أنهما لا يعلمان واما ان اختلفا فى ذلك فان علم أيهما ولد أولا فان كان الغلام هو الاول فهو رقيق لان المعلق بولادته عتق الام وهى انما تعتق بعد الولادة فكان انفصال الولد على حكم الرق فلا يؤثر فيه عتق الام وتعتق الام بوجود الشرط وتعتق الجارية بعتقها وان كانت الجارية هى الاولى لم يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق وان لم يعلم فالغلام رقيق على كل حال لانه لا حال له فى الحرية أصلا سواء كان متقدما فى الولادة أو متأخرا الا انه ان كان أولا فذاك شرط عتق أمه لا شرط عتقه وعتق أمه لا يؤثر فيه لما بينا وان كانت الجارية أولا فولادتها لم تجعل شرط العتق فى حق أحد فلم يكن للغلام حال فى الحرية رأسا فكان رقيقا على كل حال وأما الجارية والام فيعتق من كل واحدة منهما نصفها وتسعى فى نصف قيمتها لان كل واحدة منهما تعتق فى حال وترق فى حال لان الغلام ان كان أولا عتقت الام والجارية أما الام فلوجود شرط العتق فيها وأما الجارية فلعتق الام لان الام اذا اعتقت عتقت الجارية بعتق الام تبعا لها فعتقتا جميعا وان كانت الجارية أولا لا يعتقان لانه لم يوجد شرط العتق فى الام واذا لم تعتق الام لا تعتق الجارية لان عتقها بعتقها فاذا هما يعتقان فى حال ويرقان فى حال فيتنصف العتق فيهما فيعتق من كل واحدة منهما نصفها على الاصل المعهود لاصحابنا فى اعتبار الاحوال عند اشتباهها والعمل بالدليلين بقدر الامكان وروى عن محمد أنه يستحلف

المولى

المولى على علمه بالله تعالى ما يعلم الغلام ولد أولا فان نكل عن اليمين عتقت الام وابنتها وكان الغلام عبدا وان حلف
كانوا جميعا أرقاء وكذلك اذا لم يخاصم المولى حتى مات وخوصم وارثه بعده فاقر أنه لا يدرى وحلف بالله تعالى ما يعلم
الغلام ولد أولا رقوا ووجه هذه الرواية أن الاحوال انما تعتبر عند تعذر البيان والبيان ههنا ممكن بالرجوع الى قول
الحالف فلا تعتبر الاحوال والجواب أنه لا سبيل الى البيان باليمين ههنا لان الخصمين متفقان على أنهما لا يعلمان
الاول منهما فلا يجوز للقاضى أن يكلف المولى الحلف على أنه لا يعلم الاول منهما مع تصادقهما على ذلك وان اختلفا
فالقول قول المولى ان الجارية هى الاولى لانه ينكر العتق ولو قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان
كانت جارية فهى حرة فولدت غلاما وجارية فان علم أن الغلام كان أولا عتقت الام والجارية لا غير أما الام فلوجود
الشرط وأما الجارية فلعتق الام وأما رق الغلام فلانفصاله على حكم الرق فلا يؤثر فيه عتق الام وان علم أن الجارية
كانت هى الاولى عتقت هى لا غير لان المعلق بولادتها عتقها لا غير وعتقها لا يؤثر فى غيرها وان لم يعلم أيهما أول
فالجارية حرة على كل حال والغلام عبد على كل حال ويعتق نصف الام وتسعى فى نصف قيمتها أما حرية الجارية
على كل حال فلانه لا حال لها فى الرق لان الغلام ان كان أولا عتقت الجارية لان أمها تعتق فتعتق هى بعتق الام وان
كانت الجارية أولا فقد عتقت لوجود شرط العتق فى حقها فكانت حرة على كل حال وأما رق الغلام على كل حال
فلانه ليس له حال فى الحرية سواء ولد أولا أو آخرا وأما الام فانما يعتق نصفها لانها تعتق فى حال وترق فى حال لان
الغلام ان كان هو الاول تعتق الام والجارية أيضا بعتق الام وان كانت الجارية أولا تعتق الجارية لا غير لان المعلق
به عتقها لا غير وعتقها لا يتعدى الى عتق الام فاذا تعتق الام فى حال ولا تعتق فى حال فيعتق نصفها اعتبارا للاحوال
وان اختلفا فالقول قول المولى لما بينا ولو قال لها ان كان أول ولد تلدينه غلاما فهو حر وان كان جارية فانت حرة
فولدت غلاما وجارية فان علم أن الغلام ولد أولا عتق هو لا غير وان علم أن الجارية ولدت أولا عتقت الام والغلام
لا غير وان لم يعلم أيهما ولد أولا فالغلام حر على كل حال لانه لا حال له فى الرق سواء كان أولا أو آخرا والجارية رقيقة
على كل حال لانه لا حال لها فى الحرية تقدمت فى الولادة أو تأخرت لان الغلام ان كان هو الاول لا يعتق الا هو وان
كانت الجارية هى الاولى لا تعتق الا الام والغلام فلم يكن للجارية حال فى الحرية فبقيت رقيقة والام يعتق منها
نصفها وتسعى فى نصف قيمتها لان الجارية ان كانت هى الاولى تعتق الام كلها وان كان الغلام هو الاول لا يعتق شىء
منها فتعتق فى حال ولا تعتق فى حال فيعتق نصفها وتسعى فى النصف اعتبارا للحالين وعملا بهما بقدر الامكان وان
اختلفا فالقول قول المولى لما ذكرنا هذا اذا ولدت غلاما وجارية فاما اذا ولدت غلامين وجاريتين والمسئلة بحالها فان
علم أولهم أنه ابن يعتق هو لا غير لان المعلق عتقه لا غير يعتق هو لا غير عند وجود الشرط وان علم أنه جارية فهى رقيقة
ومن سواها أحرار لانه جعل ولادتها أولا شرط حرية الام فاذا وجد الشرط عتقت الام ويعتق كل من ولد بعد ذلك
بعتق الام تبعا لها وان لم يعلم من كان أولهم يعتق من الغلامين كل واحد منهما ثلاثة أرباعه ويسعى فى ربع قيمته
ويعتق من الام نصفها وتسعى فى نصف قيمتها ويعتق من البنتين من كل واحدة منهما ربعها وتسعى فى ثلاثة أرباع
قيمتها وانما كان كذلك أما الغلامان فلان أول من ولدت ان كان غلاما عتق الغلام كله لوجود الشرط وان كان
جارية عتق الغلامان لان الام تعتق ويعتق كل من ولد بعد ذلك وهم الغلامان والجارية الاخرى وقد تيقنا بحرية
أحد الغلامين وشككنا فى الآخر وله حالتان يعتق فى حال ولا يعتق فى حال فيجعل ذلك نصفين فيعتق غلام
واحد ونصف من الآخر ولا يعلم أيهما عتق كله وأيهما عتق نصفه فاستويا فى ذلك وليس أحدهما فى ذلك بأولى
من الآخر فيعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه ويسعى فى ربع قيمته وأما الام فانها تعتق فى حال ولا تعتق
فى حال لان أول ما ولدت ان كان غلاما لا تعتق أصلا وان كان جارية تعتق فتعتق فى حال وترق فى حال فيعتق
نصفها وتسعى فى نصفها وأما الجاريتان فاحداهما أمة بلا شك لان أول ما ولدت ان كان غلاما فهما رقيقان

وان كانت جارية فان الاولى لا تعتق وتعتق الاخرى بعتق الام فاذا فى حالة لهما حرية واحدة وفى حالة
لا شىء لهما فيثبت لهما نصف ذلك وليست احداهما باولى من الاخرى فيصير ذلك بينهما نصفين وهو ربع الكل
فيعتق من كل واحدة منهما ربعها وتسعى فى ثلاثة أرباع قيمتها والله عز وجل أعلم ولو قال لامته ان ولدت غلاما ثم
جارية فانت حرة وان ولدت جارية ثم غلاما فالغلام حر فولدت غلاما وجارية فان كان الغلام أولا عتقت الام
لوجود شرط عتقها والغلام والجارية رقيقان لانفصالهما على حكم الرق وعتق الام لا يؤثر فيهما وان كانت الجارية أولا
عتق الغلام لوجود الشرط والام والجارية رقيقتان لان عتق الغلام لا يؤثر فيهما وان لم يعلم أيهما أولا واتفقا على انهما
لا يعلمان ذلك فالجارية رقيقة لانه لا حال لها فى الحرية لانها ترق فى جميع الاحوال وأما الغلام والام فانه يعتق من كل
واحد منهما نصفه ويسعى فى نصف قيمته لان كل واحد منهما يعتق فى حال ويرق فى حال فيعتق نصفه ويسعى فى
نصف قيمته واذا اختلفا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه هذا اذا ولدت غلاما وجارية فاما اذا ولدت غلامين
وجاريتين والمسئلة بحالها فان ولدت غلامين ثم جاريتين عتقت الام لوجود الشرط وعتقت الجارية الثانية بعتقها وبقى
الغلامان والجارية الاولى أرقاء وان ولدت غلاما ثم جاريتين ثم غلاما عتقت الام لوجود الشرط والجارية الثانية
والغلام الثانى بعتق الام وان ولدت غلاما ثم جارية ثم غلاما ثم جارية عتقت الام لوجود الشرط والغلام الثانى والجارية
الثانية بعتق الام وان ولدت جاريتين ثم غلامين عتق الغلام الاول لوجود الشرط والغلام الثانى والجارية الثانية
بعتق الام وان ولدت جاريتين ثم غلامين عتق الغلام الاول لوجود الشرط وبقى من سواه رقيقا وكذلك اذا ولدت
جارية ثم غلامين ثم جارية عتق الغلام الاول لاغير لوجود شرط العتق فى حقه لاغير وكذلك اذا ولدت جارية ثم
غلاما ثم جارية ثم غلاما عتق الغلام الاول لاغير لما قلنا وان لم يعلم بان اتفقوا على انهم لا يعلمون أيهم الاول يعتق من
الاولاد من كل واحد ربعه لان أحد الغلامين مع احدى الجاريتين رقيقان على كل حال لانه ليس لهما حال فى
الحرية والجارية الاخرى والغلام الآخر يعتق كل واحد منهما فى حال ويرق فى حال فيعتق من كل واحد نصفه
فما أصاب الجارية يكون بينها وبين الجارية الاخرى نصفين اذ ليست احداهما باولى من الاخرى فيعتق من كل
واحدة ربعها وكذلك ما أصاب الغلام يكون بينه وبين الغلام الآخر نصفين لما قلنا وأما الام فيعتق منها نصفها لانه
ان سبق ولادة الغلام فتعتق لوجود الشرط وان سبقت ولادة الجارية لا تعتق فيعتق نصفها وتسعى فى نصف قيمتها
وان اختلفوا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه لما قلنا ولو قال لها ان ولدت ما فى بطنك فهو حر فان جاءت به لاقل
من ستة أشهر من يوم حلف عتق ما فى بطنها وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا لا يعتق لانها اذا جاءت به لاقل من
ستة أشهر تيقنا بكونه موجودا وقت التعليق لان الولد لا يولد لاقل من ستة أشهر فتيقنا بكونه داخلا تحت الايجاب
واذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا لم نتيقن بوجوده بل يحتمل ان لا يكون موجودا ثم وجد بعد فلا يدخل تحت
الايجاب مع الشك وكذا اذا قال لها ما فى بطنك حر الا ان ههنا يعتق من يوم حلف وفى الفصل الاول يوم تلد لان
هناك شرط الولادة ولم تشترط ههنا ولو قال لها اذا حملت فأنت حرة فولدت لاقل من سنتين أو لسنتين من وقت
الكلام لا تعتق وان ولدت لاكثر من سنتين تعتق لان يمينه يقع على حمل يحدث بعد اليمين فاذا ولدت لاقل من
سنتين أو لسنتين يحتمل انها كانت حبلى من وقت الكلام لا تعتق وان ولدت لاكثر من سنتين أو لسنتين يحتمل انها
كانت حبلى وقت اليمين ويحتمل انه حدث الحمل بعد اليمين فيقع الشك فى شرط ثبوت الحرية فلا تثبت الحرية مع
الشك فاما اذا ولدت لاكثر من سنتين فقد تيقنا ان الحمل حصل بعد اليمين لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين
فقد وجد شرط العتق وهو الحمل بعد اليمين فيعتق فان قيل أليس ان من أصلكم ان الوطء اذا كان مباحا تقدر مدة
الحبل بستة أشهر فهلا قدر ثم ههنا كذلك فالجواب ان هذا من أصلنا فيما لم يكن فيه اثبات رجعة أو اعتاق بالشك ولو
جعلنا مدة الحمل ههنا ستة أشهر لكان فيه اثبات العتق بالشك وهذا لا يجوز ثم ان ولدت بعد المقالة لاكثر من سنتين

حتى عتقت وقد كان وطئها قبل الولادة فان وطئها قبل الولادة لاقل من ستة أشهر فعليه العقر وان وطئها قبل الولادة لستة أشهر فصاعدا لاعقر عليه لانها اذا ولدت لاقل من ستة أشهر منذ وطئها علم انه وطئها وهى حامل لان الحمل لا يكون أقل من ستة أشهر فاذا وضعت لاقل من ستة أشهر بعد الوطء علم ان العلوق حصل قبل هذا الوطء فيجب عليه العقر لانه علم انه وطئها بعد ثبوت الحرية فاذا ولدت لستة أشهر فصاعدا من وقت الوطء يحتمل ان الحمل حصل بذلك الوطء فلا يجب العقر لان الوطء لم يصادف الحرية و يحتمل انه حصل بوطء قبله فيجب العقر فيقع الشك فى وجوب العقر فلا يجب مع الشك و ينبغى فى الورع والتنزه اذا قال لها هذه المقالة ثم وطئها ان يعتزلها حتى يعلم أحامل أم لا فان حاضت وطئها بعد ماطهرت من حيضها لجواز انها قد حملت بذلك الوطء فعتقت فاذا وطئها بعد ذلك كان وطء الحرة فيكون حراما فيعتزلها صيانة لنفسه عن الحرام فاذا حاضت تبين ان الحمل لم يوجد اذ الحامل لا تحيض ولهذا تستبرأ الجارية المشتراة بحيضة لدلالتها على فراغ الرحم ولو باع هذه الجارية قبل ان تلد ثم ولدت فى يد المشترى ينظر ان ولدت لاقل من سنتين أو لسنتين بعد اليمين يصح البيع لجواز ان الولد حدث بعد اليمين فلا يبطل البيع بالشك وان ولدت لاقل من سنتين بعد اليمين ينظر ان كان ذلك لاقل من ستة أشهر قبل البيع لا يجوز البيع لانه حدث الولد قبل البيع فعتقت هى وولدها وبيع الحر لا يجوز وان كان ذلك لستة أشهر فصاعدا من وقت البيع فانها لا تعتق لان من الجائز ان الولد حدث بعد البيع والبيع قد صح فلا ينفسخ بالشك ولو قال لها ان كان حملك غلاما فانت حرة وان كان جارية فهى حرة فكان حملها غلاما وجارية لم يعتق أحد منهم لان الحمل اسم لجميع ما فى الرحم قال الله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن والمراد منه جميع ما فى البطن حتى لا تنقضى العدة الا بوضع جميع ما فى الرحم وليس كل الحمل الغلام وحده ولا الجارية وحدها بل بعضه غلام و بعضه جارية فصار كانه قال ان كان كل حملك غلاما فانت حرة وان كان كل حملك جارية فهى حرة فولدت غلاما وجارية فلا يعتق أحدهم وكذلك لو قال ان كان مافى بطنك لان هذا عبارة عن جميع ما فى بطنها ولو قال ان كان فى بطنك عتق الغلام والجارية لان قوله ان كان فى بطنك غلام ليس عبارة عن جميع ما فى البطن بل يقتضى وجوده وقد وجد غلام ووجد أيضا جارية فعتقا ولو قال لها ان كنت حبلى فانت حرة فولدت لاقل من ستة أشهر فهى حرة وولدها وان ولدت لستة أشهر أو أكثر لم يعتق لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فاذا أتت لاقل من ستة أشهر علم ان الحمل كان موجودا وقت اليمين فتعتق الام لوجود شرط عتقها وهو كونها حاملا وقت اليمين و يعتق الحمل بعتقها تبعا لها واذا أتت لستة أشهر أو أكثر يحتمل ان يكون بحمل حادث بعد اليمين فلا يعتق و يحتمل ان يكون بحمل موجود وقت اليمين فيعتق فوقع الشك فى العتق فلا يعتق مع الشك ومن هذا القبيل التدبير والاستيلاد لان كل واحد منهما تعليق العتق بشرط الموت الا ان التدبير تعليق بالشرط قولا والاستيلاد تعليق بالشرط فعلا لكن الشرط فيهما يدخل على الحكم لا على السبب ولكل واحد منهما كتاب مفرد وأما التعليق المحض بما سوى الملك وسببه معنى لا صورة فنحو ان يقول لامته كل ولد تلدينه فهو حر وهذا ليس بتعليق من حيث الصورة لانعدام حرف التعليق وهو ان واذا ونحو ذلك لان كلمة كل ليست كلمة تعليق بل هى كلمة الاحاطة بما دخلت عليه لكنه تعليق من حيث المعنى لوجود معنى التعليق فيه لانه أوقع العتق على موصوف بصفة وهو الولد الذى تلده فيتوقف وقوع العتق على اتصافه بتلك الصفة كما يتوقف على وجود الشرط المعلق به صريحا فى قوله ان ولدت ولدا أو ان دخلت الدار ونحو ذلك فكان معنى التعليق موجودا فيه فلا يصح الا اذا كانت الامة فى ملكه وقت التعليق حتى لو قال لامة لا يملكها كل ولد تلدينه فهو حر لا يصح حتى لو اشتراها فولدت منه ولدا لا يعتق الولد لعدم الملك وقت التعليق وعدم الاضافة الى الملك وسببه و يصح اذا كانت الامة فى ملكه وقت التعليق وقيام الملك فى الامة يكفى لصحته ولا يشترط اضافة الولادة الى الملك للصحة بان يقول كل ولد تلدينه وأنت فى ملكى فهو حر لما بينا فيما تقدم ثم ان ولدت فى ملكه يعتق الولد لوجود الشرط فى الملك وان ولدت فى غير ملكه

لا يعتق لعدم الملك وتبطل اليمين لوجود الشرط كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه فدخل الدار يبطل اليمين حتى لو اشتراه ثانيا فدخل الدار لا يعتق كذا هذا وعلى هذا اذا قال لعبد عليكم أو لا عليكم كل ولد يولد لك فهو حر فولد له ولد من أمة فان كانت الامة ملك الحالف يوم حلف عتق الولد والا فلا وينظر في ذلك الى ملك الامة لا الى ملك العبد لان الولد في الرق والحرية يتبع الام لا الاب فاذا كانت الامة على ملكه وقت التكلم فالظاهر بقاء الملك فيها الى وقت الولادة وملك الام سبب ثبوت ملك الولد فصار كانه قال كل ولد يولد لك من أمة لي فهو حر فاذا لم تكن الامة مملوكة له في الحال فالظاهر بقاؤه على العدم لا يوجد ملك الولد وقت الولادة ظاهرا فلم يوجد التعليق في الملك ولا الاضافة الى الملك فلا يصح هذا اذا ولد الولد من أمة مملوكة للحالف من نكاح فاما اذا ولد منها من سفاح بان زنى العلام بها فولدت منه هل يعتق أم لا فقد اختلف المشايخ فيه وهي من مسائل الجامع ولو قال لامته أول ولد تلدينه فهو حر او ان ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم ولدت ولدا حيا لا شك في انه لا يعتق الولد الميت وان كان الولد الميت ولدا حقيقة وهل يعتق الولد الحي قال أبو حنيفة يعتق وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق وحاصل الكلام يرجع الى كيفية الشرط ان الشرط ولادة ولد مطلق أو ولادة ولد حي فعندهما الشرط ولادة ولد مطلق فاذا ولدت ولدا ميتا فقد وجد الشرط فينحل اليمين فلا يتصور نزول الجزاء بعد ذلك وعند أبي حنيفة الشرط ولادة ولد حي فلم يتحقق الشرط بولادة ولد ميت فيبقى اليمين فينزل الجزاء عند وجود الشرط وهو ولادة ولد حي وجه قولهما ان الحالف جعل الشرط ولادة ولد مطلق لانه أطلق اسم الولد ولم يقيده بصفة الحياة والموت والولد الميت ولد حقيقة حتى تصير المرأة به نفساء وتنقضي به العدة وتصير الجارية أم ولد له ولهذا لو كان المعلق عتق عبد آخر أو طلاق امرأة نزل عند ولادة ولد ميت وكذا اذا قال لها ان ولدت ولدا فهو حر وعبدي فلان فولدت ولدا ميتا عتق عبده ولو لم تكن هذه الولادة شرطا لما عتق فاذا ولدت ولدا ميتا فقد وجد الشرط لكن المحل غير قابل للجزاء فينحل اليمين لا الى جزاء وتبطل كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه قبل الدخول ثم دخل تنحل اليمين لكن لا الى جزاء حتى لو اشتراه ودخل لا يعتق وان أمكن تقييد التعليق بالملك كانه قال ان دخلت الدار وأنت في ملكي مع ذلك لم يتقيد به كذا ههنا ولابي حنيفة ان الايجاب أضيف الى محل قابل للحرية اذ العاقل الذي لا يقصد ايجاب الحرية فيما لا يحتمل الحرية لانه سفه والقابل للحرية هو الولد الحي فيتقيد به كانه قال أول ولد تلدينه حيا فهو حر كما اذا قال لآخر ان ضربتك فعبدي حر انه يتقيد بحال الحياة للمضروب حتى لو ضربه بعد موته لا يحنث لعدم قبول المحل للضرب كذا ههنا ولا فرق سوى ان ههنا تقيد لنزول الجزاء وهناك تقيد لتحقق الشرط بخلاف ما اذا علق بالولادة عتق عبد آخر أو طلاق امرأته لان هناك المحل المضاف اليه الايجاب قابل للعتاق والطلاق فلا ضرورة الى التقييد بحياة الولد كما اذا قال لها ان ولدت ولدا فأنت حرة أو قال أول ولد تلدينه فأنت حرة فولدت ولدا ميتا عتقت وههنا بخلافه وهو الجواب عن قوله اذا ولدت ولدا فهو حر وعبدي فلان ان ولادة الولد الميت تصلح شرطا في عتق عبد آخر لكون المحل قابلا للتعليق ولا تصلح شرطا في عتق الولد لعدم قبول المحل ويجوز أن يعلق بشرط واحد جزاآن ثم ينزل عند وجود أحدهما دون الآخر لمانع كمن قال لامرأته اذا حضت فأنت طالق وفلانة معك فقالت حضت فكذبها يقع الطلاق عليها ولا يقع على الاخرى وان كان الشرط واحدا كذا هذا وأما التعليق بدخول الدار فانما لم يتقيد بالملك لان التقييد للتصحيح والايجاب هناك صحيح بدون الملك لقبول المحل العتق عند وجود الشرط ألا ترى انه يقف على اجازة المالك والباطل لا يقف على الاجازة وانما الملك شرط النفاذ أما ههنا فلا وجه لتصحيح الايجاب في الميت رأسا لعدم احتمال المحل اذ لا سبيل الى اعتاق الميت بوجه فدعت الضرورة الى التقييد بصفة الحياة وذكر محمد في الاصل اذا قال أول عبد يدخل علي فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم حي عتق الحي ولم يذكر خلافا فمن أصحابنا من قال هذا قول أبي حنيفة خاصة لان ما أضيف اليه الايجاب وهو العبد لا يحتمل الوجوب الا بصفة الحياة فصار

كانه قال أول عبد يدخل على حيا فهو حر كما فى الولادة فأما على قولهما فلا يعتق لان الحالف أطلق اسم العبد فيجرى على اطلاقه ولا يقيد بحياة العبد كما فى الولادة ومنهم من قال هذا قولهم جميعا قال القدورى وهو الصحيح لانه علق العتق باسم العبد والعبد اسم للمرقوق وقد بطل الرق بالموت فلم يوجد الشرط بادخاله عليه فيعتق الثانى لوجود الشرط فى حقه بخلاف الولد لان الولد اسم للمولود والميت مولود حقيقة فان قيل الرق لا يبطل بالموت بدليل انه يجب على المولى كفن عبده الميت فالجواب ان وجوب الكفن لا يدل على الملك ألا ترى ان من مات ولم يترك شيأ فكفنه على أقاربه وان لم يكن هناك ملك واذا زال ملكه عن الميت صار الثانى أول عبد من عبيده ادخل عليه فوجد الشرط فيعتق ومن هذا القبيل قول الرجل كل مملوك لى فهو حر ويقع على ما فى ملكه فى الحال حتى لو لم يكن يملك شيأ يوم الحلف كان اليمين لغوا حتى لو ملكه فى المستقبل لا يعتق لان هذا الكلام لا يستعمل الا للحال فلا يتعلق به عتق ما ليس بمملوك له فى الحال وكذا اذا علق بشرط قدم الشرط أو أخر بان قال ان دخلت هذه الدار فكل مملوك لى حر او قال اذا دخلت أو اذا ما دخلت أو متى دخلت أو متى ما دخلت أو قال كل مملوك لى حر ان دخلت الدار فهذا كله على ما فى ملكه يوم حلف وكذا اذا قال كل مملوك أملكه ولا نية له لان صيغة أفعل وان كانت تستعمل للحال والاستقبال لكن عند الاطلاق يراد به الحال عرفا وشرعا ولغة أما العرف فان من قال فلان يأكل أو يفعل كذا يريد به الحال أو يقول الرجل أنا أملك ألف درهم يريد به الحال وأما الشرع فان من قال أشهد أن لا اله الا الله يكون مؤمنا ولو قال أشهد أن لفلان على فلان كذا يكون شاهدا ولو قال أقر ان لفلان على كذا اصح اقراره وأما اللغة فان هذه الصيغة موضوعة للحال على طريق الاصالة لانه ليس للحال صيغة أخرى وللاستقبال السين وسوف فكانت الحال أصلا فيها والاستقبال دخيلا فعند الاطلاق يصرف الى الحال ولو قال عنيت به ما استقبل ملكه عتق ما فى ملكه للحال وما استحدث الملك فيه لما ذكرنا ان ظاهر هذه الصيغة للحال فاذا قال أردت به الاستقبال فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق فيه ويصدق فى قوله اردت ما يحدث ملكى فيه فى المستقبل فيعتق عليه باقراره كما اذا قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم ثم قال لى امرأة أخرى بهذا الاسم عنيتها طلقت المعروفة بظاهر هذا اللفظ والمجهولة باعترافه كذا ههنا وكذا لو قال كل مملوك أملكه الساعة فهو حر ان هذا يقع على ما فى ملكه وقت الحلف ولا يعتق ما يستفيده بعد ذلك الا أن يكون نوى ذلك فيلزمه ما نوى لان المراد من الساعة المذكورة هى الساعة المعروفة عند الناس وهى الحال لا الساعة الزمانية التى يذكرها المنجمون فيتناول هذا الكلام من كان فى ملكه وقت التكلم لا من يستفيده بعده فان قال أردت به من أستفيده فى هذه الساعة الزمانية يصدق فيه لان اللفظ يحتمله وفيه تشديد على نفسه ولكن لا يصدق فى صرفه اللفظ عمن يكون فى ملكه للحال سواء أطلق أو علق بشرط قدم الشرط أو أخر بان قال ان دخلت الدار فكل مملوك أملكه حر او قال كل مملوك أملكه حر ان دخلت الدار فهذا والاول سواء فى ان اليمين انما يتعلق بما فى ملكه يوم حلف لانه علق العتق بشرط فيتناول ما فى ملكه لا ما يستفيده كما اذا قال كل عبد يدخل الدار فهو حر فان قال أردت به ما استحدث ملكه عتق ما فى ملكه اذا وجد الشرط باليمين وما يستحدث باقراره لانه لا يصدق فى صرف الكلام عن ظاهره ويصدق فى التشديد على نفسه فان لم يكن فى ملكه يوم حلف مملوك فاليمين لغو لانها تتناول الحال فاذا لم يكن له مملوك للحال لا تنعقد اليمين لانعدام المحلوف عليه بخلاف قوله ان كلمت فلانا أو ان دخلت الدار فكل مملوك اشتريه فهو حر أو كل امرأة أتزوجها فهى طالق لان قوله أشترى أو أتزوج لا يحتمل الحال فاقتضى ملكا مستأنفا وقد جعل الكلام أو الدخول شرطا لانعقاد اليمين فيمن يشترى أو يتزوج فيعتبر ذلك بعد اليمين ولو قال كل مملوك أملكه اليوم فهو حر ولا نية له وله مملوك فاستفاد فى يومه ذلك مملوكا آخر عتق ما فى ملكه وما استفاد ملكه فى اليوم لو قال هذا الشهر أو هذه السنة لانه لما وقت باليوم أو الشهر أو السنة فلا بد وان يكون التوقيت مقيدا ولو لم يتناول الا ما فى ملكه يوم الحلف لم يكن مقيدا فان قال عنيت به أحد الصنفين دون الآخر لم يدين فى القضاء لانه

نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر فلا يصدق فى القضاء و يصدق فيما بينه و بين الله عز وجل لان الله مطلع على نيته ولو قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له ذكر محمد فى الجامع انه يعتق من ملكه فى غد ومن كان فى ملكه قبله وهو قوله فى الاملاء أيضا وهو احدى روايتى ابى سماعة عنه وقال أبو يوسف لا يعتق الا من استفاد ملكه فى غد ولا يعتق من جاء غد وهو فى ملكه وهو احدى روايتى ابن سماعة عن محمد وجه قول محمد انه أوجب العتق لكل من يضاف اليه الملك فى غد فيتناول الذى ملكه فى غد والذى ملكه قبل الغد كانه قال فى الغد كل مملوك أملكه اليوم فهو حر فيتناول الكل وجه قول أبى يوسف ان قوله أملك ان كان للحال عند الاطلاق ولكنه لما أضاف العتق الى زمان فى المستقبل انصرف الى الاستقبال بهذه القرينة كما ينصرف اليه بقرينة السين فلا يتناول الحال وعلى هذا الخلاف اذا قال كل مملوك أملكه رأس شهر كذا فهو حر ورأس الشهر الليلة التى يهل فيها الهلال ومن الغد الى الليل وكان القياس أن يكون رأس الشهر أول ساعة منه لان رأس كل شهر ما رأس عليه وهو أوله الا انهم جعلوه اسما لما ذكرنا للعرف والعادة فانه يقال فى العرف والعادة لاول يوم من الشهر هذا رأس الشهر وروى ابن سماعة عن أبى يوسف فيمن قال كل مملوك أملكه يوم الجمعة فهو حر قال ليس هذا على ما فى ملكه انما هو على ما يملكه يوم الجمعة فهذا على أصل أبى يوسف صحيح لانه أضاف العتق الى زمان مستقبل فان قال كل مملوك لى حر يوم الجمعة فهذا على من فى ملكه يعتقون يوم الجمعة ليس هو على ما يستقبل لانه عقد يمينه على من فى ملكه فى الحال وجعل عتقهم موقتا بالجمعة فلا يدخل فيه الاستقبال فاما اذا قال كل مملوك أملكه اذا جاء غد فهو حر فهذا على ما فى ملكه فى قولهم لانه جعل مجىء الغد شرطا لثبوت العتق لا غير فيعتق من فى ملكه لكن عند مجىء غد والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل الاعتاق المضاف الى المجهول عند بعض مشايخنا الا انه تعليق معنى لا صورة ولا يثبت العتق فى أحدهما قبل الاختيار وانما ثبت عند الاختيار فى أحدهما عينا وهو الذى يختار العتق فيه مقصورا على الحال كانه علق عتق أحدهما بشرط اختيار العتق فيه كالتعليق بسائر الشروط ومن دخول الدار وغير ذلك الا انه ثمة الشرط يدخل على السبب والحكم جميعا وههنا يدخل على الحكم لا على السبب كالتدبير والبيع بشرط الخيار كذا قال بعض مشايخنا فى كيفية الاعتاق المضاف الى المجهول وبعضهم نسب هذا القول لابى يوسف ويقال انه قول أبى حنيفة أيضا وقال بعضهم هو تنجيز العتق فى غير العتق للحال واختيار العتق فى أحدهما بيان وتعيين لمن وقع عليه العتق بالكلام السابق من حين وجوده وبعضهم نسب هذا القول الى محمد والحاصل ان الخلاف فى كيفية هذا التصرف على الوجه الذى وصفنا غير منصوص عليه من أصحابنا لكنه مدلول عليه ومشار اليه أما الدلالة فانه ظهر الاختلاف بين أبى يوسف ومحمد فى الطلاق فيمن قال لامرأتيه احداكما طالق ان العدة تعتبر من وقت الاختيار فى قول أبى يوسف والعدة انما تجب من وقت وقوع الطلاق فيدل على ان الطلاق لم يكن واقعا وانما يقع عند الاختيار مقصورا عليه وفى قول محمد تعتبر من وقت الكلام السابق وهذا يدل على ان الطلاق قد وقع من حين وجوده وانما الاختيار بيان وتعيين لمن وقع عليها الطلاق وأما الاشارة فانه روى عن أبى يوسف انه قال اذا أعتق أحد عبديه تعلق العتق بذمته ويقال له أعتق وهذا اشارة الى ان العتق غير نازل فى المحل اذ لو كان نازلا لما كان معلقا بالذمة ومعنى قوله يقال له أعتق أى اختر العتق لاجماعنا على انه لا يكلف بانشاء الاعتاق وذكر محمد فى الزيادات يقال له بين وهذا اشارة الى الوقوع فى غير المعين لان البيان للموجود لا للمعدوم والى هذا ذهب الكرخى والقدورى وحققا الاختلاف بين أبى يوسف ومحمد الا ان القدورى حكى عن الكرخى انه كان يفرق بين العتاق والطلاق فيجعل الاختيار بيانا فى الطلاق بالاجماع من قبل ان العتاق يحتمل الثبوت فى الذمة والطلاق لا يحتمل قال وكان غيره من أصحابنا يسوى بينهما لان الطلاق أيضا يحتمل الثبوت فى الذمة فى الجملة ألا ترى ان الفرقة واجبة على العنين وانما يقوم القاضى مقامه فى التفريق وهو الصحيح انهما يستويان لان تعلق العتق بالذمة ليس معناه الا انعقاد سبب الوقوع من غير وقوع وهو معنى حق الحرية دون

الحقيقة

الحقيقة وهما في هذا المعنى مستويان وجه القول الاول ان قوله احد كما حر تنجيز الحرية في أحدهما وليس بتعليق حقيقة لانعدام حرف التعليق الا انه تنجيز في غير المعين فيتعين بالاختيار وجه القول الثاني ان العتق اما ان يثبت باختيار العتق واما ان يثبت بالكلام السابق والثاني لا سبيل اليه لان اختيار العتق لم يعرف اعتاقا في الشرع الا ترى انه لو قال لعبده اخترت عتقك لا يعتق فلابد وان يثبت بالكلام السابق فلا يخلو اما ان يثبت حال وجوده في أحدهما غير عين و يتعين باختياره واما ان يثبت عند وجود الاختيار في أحدهما عينا وهو تفسير التعليق بشرط الاختيار لا وجه للاول لانه ربما يختار غير الحر فيلزم القول بانتقال الحرية من الحر الى الرقيق أو انتقال الرق من الرقيق الى الحر أو استرقاق الحر والاول محال والثاني غير مشروع فتعين الثاني ضرورة وهي ان يثبت العتق عند وجود الاختيار بالكلام السابق مقصورا على حال الاختيار وهو تفسير التعليق ثم القائلون بالبيان اختلفوا في كيفية البيان منهم من قال البيان اظهار محض ومنهم من قال هو اظهار من وجه وانشاء من وجه واستدلوا بما ذكر محمد في الزيادات في موضع يقال له بين وفي موضع يقال له أعتق و زعموا ان المسائل تتخرج عليه وهذا غير سديد لان القول الواحد لا يكون اظهارا وانشاء اذ الانشاء اثبات أمر لم يكن والاظهار إبداء أمر قد كان و بينهما تناف وثمرة هذا الاختلاف تظهر في الاحكام وانها في الظاهر متعارضة بعضها يدل على صحة القول الاول و بعضها يدل على صحة القول الثاني ونحن نشير الى ذلك اذا انتهينا الى بيان حكم الاعتاق و بيان وقت ثبوت حكمه فاما ترجيح أحد القولين على الآخر وتخريج المسائل عليه فمذكور ان في الخلافيات وأما التعليق بالملك أو بسببه صورة ومعنى فنحو ان يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فانت حر أو ان اشتريتك فأنت حر وانه صحيح عندنا حتى لو ملكه أو اشتراه يعتق وان لم يكن الملك موجودا وقت التعليق وقال الشافعي لا يصح ولا يعتق وقال بشر المريسي يصح التعليق بالملك ولا يصح بسبب الملك وهو الشراء أما الكلام مع الشافعي فعلى نحو ما ذكرنا في كتاب الطلاق وأما مع بشر فوجه قوله ان اليمين بالطلاق والعتاق لا يصح الا في الملك أو مضافا الى الملك ولم توجد الاضافة الى الملك لان الشراء قد يفيد الملك للمشتري وقد لا يفيد كالشراء بشرط الخيار وشراء الوكيل فلم توجد الاضافة الى الملك فلا يصح بخلاف قوله ان ملكتك ولنا ان مطلق الشراء ينصرف الى الشراء المتعارف وهو الشراء لنفسه ومن غير شرط الخيار وانه من أسباب الملك فكان ذكره ذكرا للملك والاضافة اليه اضافة الى الملك كانه قال ان ملكتك فأنت حر ولانه لما علق العتق بالشراء ولابد من الملك عند الشراء لثبوت العتق كان هذا تعليق العتق بالشراء الموجب للملك كانه قال ان اشتريتك شراء موجبا للملك فانت حر فاذا اشتراه شراء موجبا للملك فقد وجد الشرط فيعتق ولو قال ان تسريت جارية فهي حرة فاشترى جارية فتسراها لا تعتق عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تعتق ولو تسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت بالاجماع وجه قول زفر انه وجدت الاضافة الى الملك لان التسري لا يصح بدون الملك فكانت الاضافة الى التسري اضافة الى الملك فيصح التعليق ولنا انه لم يوجد الملك وقت التعليق ولا الاضافة الى الملك والكلام فيه ولا الى سبب الملك لان التسري ليس من أسباب الملك ألا ترى انه يتحقق في غير الملك كالجارية المغصوبة واليمين بالعتاق والطلاق لا يصح الا في الملك أو مضافا الى الملك أو سببه ولم يوجد شيء من ذلك وأما قوله ان التسري لا صحة له بدون الملك فهذا مسلم ان الملك شرط صحة التسري وجوازه لكن الحالف جعل وجوده شرط العتق والتسري نفسه يوجد من غير ملك فلم يكن التعليق به تعليقا بسبب الملك فلم يصح ثم اختلف في تفسير التسري قال أبو حنيفة ومحمد هو ان يطأها و يحصنها و يمنعها من الخروج والبروز سواء طلب منها الولد أو لم يطلب وقال أبو يوسف طلب الولد مع التحصين شرط وجه قوله ان الانسان يطأ جاريته و يحصنها ولا يقال لها سرية وانما يقال ذلك اذا كان يطلب منها الولد أو تكون أم ولده هذا هو العرف والعادة ولهما انه ليس في لفظ التسري ما يدل على طلب الولد لانه لا يخلو اما ان يكون مأخوذا من السرو وهو الشرف فتسمى الجارية سرية بمعنى انه أسرى الجواري أي أشرفهن واما

ان يكون مأخوذا من السرو هو الجماع قال الله تعالى ولكن لا تواعدوهن سرا قيل جماعا وليس في أحدهما ما ينبئ عن طلب الولد ولو وطئ جارية كانت في ملكه يوم الحلف فعلقت منه لم تعتق لعدم التسرى لانه لم يوجد منه الا الوطء والوطء وحده لا يكون تسريا بلا خلاف فلم يوجد شرط العتق فلا تعتق ولو قال لامرأة حرة ان ملكتك فانت حرة أو قال لها ان اشتريتك فأنت حرة فارتدت عن الاسلام ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الحالف ذكر محمد في الجامع أن على قياس قول أبي حنيفة لا تعتق وعند أبي يوسف ومحمد تعتق يعني به قياس قوله في المكاتب والعبد المأذون اذا قال كل عبد أملكه فيما استقبل فهو حر أو قال كل عبد أشتريه فهو حر فيعتق ثم ملك عبدا أو اشترى عبدا على قول أبي حنيفة لا يعتق وعلى قولهما يعتق والمسئلة تأتي في موضعها ولو قال لامة لا يملكها ان اشتريتك فأنت حرة بعد موتي فاشتراها صارت مدبرة لانه علق تدبيرها بسبب الملك وهو الشراء الا ان قوله أنت حرة بعد موتي صورة التدبير وقد علقه بالشراء فيصير عند الشراء قائلا أنت حرة بعد موتي وأما التعليق بالملك أو بسببه معنى لا صورة فهو ان يقول الحر كل مملوك أملكه فيما يستقبل فهو حر ويتعلق العتق بملك يستفيده لانه نص على الاستقبال وروى ابن سماعة عن محمد في النوادر اذا قال كل جارية أشتريها الى سنة فهي حرة فكل جارية يشتريها الى سنة فهي حرة ساعة يشتريها قال وان قال كل جارية أشتريها فهي حرة الى سنة فاشترى جارية لم تعتق الى سنة لانه في الفصل الاول عقد يمينه على الشراء في السنة فتعتق كل جارية يشتريها في السنة ساعة الشراء كانه قال عند الشراء أنت حرة فتعتق وفي الفصل الثاني جعل الشراء شرطا العتق مؤقت بالسنة فكانه قال بعد الشراء أنت حرة الى سنة قال ولو قال كل مملوك أشتريه فهو حر غدا فهذا اعتدى على كل مملوك يشتريه قبل الغد وان اشترى مملوكا غدا لا يعتق لانه جعل الشراء شرطا لزوال حرية مؤقتة بوجود الغد فلابد من تقدم الملك على الغد لينزل العتق الموقت به ولو قال كل مملوك أملكه الى ثلاثين سنة فهذا على ما يستقبل ملكه في الثلاثين سنة أولها من حين حلف بعد سكوته في قولهم جميعا ولا يكون على ما في ملكه قبل ذلك لانه لما أضاف العتق الى الاستقبال تعين اللفظ للمستقبل واذا انصرف الى الاستقبال لا يحمل على الحال اذ اللفظ الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين بخلاف قوله غدا عند محمد لان ذلك ليس أصلا الى الاستقبال بل هو ايقاع عتق على موصوف بصفة فيتناول كل من كان على تلك الصفة وكذلك اذا قال كل مملوك أملكه ثلاثين سنة أو في ثلاثين سنة أو قال أملكه الى سنة أو سنة أو في سنة أو قال أملكه أبدا أو الى ان أموت فهذا كله باب واحد يدخل فيه ما يستقبل دون ما كان في ملكه لانه أضاف الحرية الى المستقبل فان قال أردت بقولي كل مملوك أملكه سنة ان يكون ما في ملكه يوم حلف مستدا ماسنة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في القضاء لان الظاهر انه انما وقت السنة لاستفادة الملك لا لاستمرار الملك القائم فلا يصدق في العدول عن الظاهر ولو قال ان دخلت الدار فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حر وقال اذا قدم فلان فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حر ولا نية له عتق ما في ملكه يوم دخل الدار لانه علق عتق كل عبد يكون مملوكا له يوم الدخول بالدخول لان معنى قوله يومئذ أي يوم الدخول هذا هو مقتضى اللغة لان تقديره يوم اذا دخل الدار لانه حذف الفعل وعوض عنه بالتنوين فيعتق كل ما كان مملوكا له يوم الدخول فكانه قال عند الدخول كل مملوك لي فهو حر وسواء دخل الدار ليلا أو نهارا لان اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق قال الله سبحانه وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير وهذا الوعيد يلحق المولى دبره ليلا ونهارا ولان غرض الحالف الامتناع من تحصيل الشرط فلا يختص بوقت دون وقت ولو قال كل مملوك اشتريته فهو حر ان كلمت أو اذا كلمت فلانا أو اذا جاء غد ولا نية له فهذا يقع على ما يشتريه قبل الكلام فكل مملوك اشتراه قبل الكلام ثم تكلم عتق وما اشتراه بعد الكلام لا يعتق ولو قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا أو اذا كلمت فلانا أو اذا جاء غد فكل مملوك اشتريته فهو حر فهذا على ما يشتريه بعد الكلام لا قبله حتى لو كان اشترى مماليك قبل الكلام ثم كلم لا يعتق واحد منهم وما اشترى بعده يعتق ووجه الفرق ان في

القصل

الفصل الاول جعل الكلام شرط انحلال اليمين لان قوله كل مملوك أشتريه فهو حر يمين تامة لوجود الشرط والجزاء فاذا قال ان كلمت فلانا فقد جعل كلام فلان غاية لانحلالها فاذا كلمه انحلت فلا يدخل ما بعد الكلام كقوله كل مملوك لى حر ان دخلت الدار وفى الفصل الثانى جعل كلام فلان شرط انعقاد اليمين فاذا كلمه الآن انعقدت اليمين فيدخل فيه ما بعده لا ما قبله فيصير كانه قال عند الكلام كل مملوك أشتريه فهو حر وذلك يتناول المستقبل ولو قال كل مملوك أشتريه اذا دخلت الدار فهو حر او قال ان قدم فلان فهذا على ما يشترى بعد الفعل الذى حلف عليه ولا يعتق ما اشترى قبل ذلك الا ان يعينهم لانه جعل دخول الدار شرطا لانعقاد اليمين فيصير عند دخول الدار كانه قال كل مملوك أشتريه فهو حر والدليل على انه جعل دخول الدار شرط انعقاد اليمين ان قوله كل مملوك أشتريه شرط وقوله اذا دخلت الدار شرط آخر ولا يمكن ان يجعلا شرطا واحدا لعدم حرف العطف ولا سبيل الى الغاء الشرط الثانى لان الغاء تصرف العاقل مع امكان تصحيحه خارج عن العقل ولتصحيحه وجهان احدهما ان يجعل الشرط الثانى مع جزائه يمينا وجزاء الشرط الاول وحينئذ لا بد من ادراج حرف الفاء لان الجزاء المتعقب للشرط لا يكون بدون حرف الفاء وفيه تغيير والثانى ان يجعل شرط الانعقاد وفيه تغييرا أيضا بجعل المقدم من الشرطين مؤخرا الا ان التغيير فيه أقل لان فيه تبديل محل الكلام لا غير وفى الاول اثبات ما ليس بثابت فكان الثانى أقل تغييرا فكان التصحيح به أولى وتسمى هذه اليمين اليمين المعترضة لاعتراض شرط بين الشرط والجزاء ولو نوى الوجه الاول صحت نيته لان اللفظ يحتمله ولهذا قال محمد الا ان يعنى غير ذلك فيكون على ما عنى ولو قال المكاتب أو العبد المأذون كل عبد أملكه فهو حر فعتق ثم ملك عبدا لا يعتق لان قوله أملك للحال لما يتناوله للحال نوع ملك الا انه غير صالح للاعتاق فتنحل اليمين لا الى جزاء ولو قال كل مملوك أملكه اذا أعتقت فهو حر فعتق فملك عبدا اعتق لانه علق العتق بالملك الحاصل له بعد عتقه وانه ملك صالح للاعتاق فصحت الاضافة بخلاف الصبى اذا قال كل مملوك أملكه بعد البلوغ فهو حر ثم بلغ فملك عبدا انه لا يعتق لان الصبى ليس من أهل الاعتاق تنجيزا وتعليقا لكونه من التصرفات الضارة المحضة فاما العبد فهو من أهله لكونه عاقلا بالغا الا انه لا ينفذ تنجيز العتق منه لعدم شرطه وهو الملك الصالح فاذا علق بملك يصلح شرطا له صح ولو قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر وقال كل مملوك أشتريه فهو حر فعتق فملك بعد ذلك عبدا أو اشترى عبدا لا يعتق عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يعتق وجه قولهما ان قوله أملكه فيما استقبل يتناول كل ما يملكه الى آخر عمره فيعمل بعموم اللفظ كما فى الحر ولان فى الحمل على الاستقبال تصحيح تصرفه وفى الحمل على الحال ابطال فكان الحمل على الاستقبال أولى ولابى حنيفة ان للمكاتب نوع ملك ضرورى ينسب اليه فى حالة الرق فى حالة الكتابة بمنزلة المجاز لمقابلة الملك المطلق ألا ترى الى قول النبى صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال الحديث أضاف المال اليه بلام الملك دل ان له نوع ملك فهو مراد بهذا الايجاب بالاجماع بدليل انه لو قال ان ملكت هذا العبد بعينه فى المستقبل فهو حر فملكه فى حال الكتابة فباعه ثم اشتراه بعد ما صار حرا لا يعتق وتنحل اليمين بالشراء الاول لان الملك المجازى مراد فخرجت الحقيقة عن الارادة كى لا يؤدى الى الجمع بين الحقيقة والمجاز فى لفظ واحد وقد قالوا فى عبد قال لله تعالى على عتق نسمة أو اطعام مسكين لزمه ذلك وكان عليه اذا عتق لان هذا ايجاب الاعتاق والاطعام فى الذمة وذمته تحتمل الايجاب فيصح ويلزمه الخروج عنه بعد العتق ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر او ان اشتريت هذه الشاة فهى هدى لم يلزمه ذلك فى قياس قول أبى حنيفة حتى يضيف الى ما بعد العتق فيقول ان اشتريته بعد العتق وقال أبو يوسف ومحمد يلزمانه لان من أصل أبى حنيفة أن العبد يضاف اليه الشراء فى الحال وان كان بمنزلة المجاز بمقابلة الشراء بعد الحرية والمجاز مراد فلا تكون الحقيقة مرادة ومن أصلهما ان هذا يتناول ما يستقبل من الشراء فى عمره وتصحيح اليمين أيضا أولى من ابطالها وقد قالوا جميعا فى مكاتب أو عبد قال ان دخلت هذه الدار فعبدى هذا حر ثم اعتق فدخل الدار لم يعتق العبد لان هذا الملك غير صالح للعتق ولم توجد

الاضافة الى ما يصلح وقالوا في حر قال لامرأة حرة اذا ملكتك فانت حرة أو اذا اشتريتك فانت حرة فارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الحالف انها لا تعتق في قياس قول أبي حنيفة وعندهما تعتق بناء على أن من أصل أبي حنيفة أنه يحمل الملك أو الشراء على ما يقبله المحل في الحال وهو ملك النكاح ههنا والشراء أيضا يصلح عبارة عن سبب هذا الملك وهو النكاح والحرية أيضا تصلح عبارة عما يبطله وهو الطلاق وكلام أبي حنيفة في هذا الفصل ظاهر لان اليمين تحمل على ما يسبق الى الاوهام ولا تنصرف الا وهام الى ارتدادها ولحوقها بدار الحرب وسبيها لان ذلك غير مظنون بالمسلمة فكان صرف كلامه الى ماذكرنا أولى من صرفه الى ما تسبق اليه الاوهام ومن أصلهما أنه يحمل مطلق الملك على الملك الحقيقي الصالح للاعتاق وهو الذي يوجد بعد السبي ولو قال لها اذا ارتدت وسبيت فملكتك أو اشتريتك فانت حرة فكان ذلك عتقت في قولهم لانه أضاف العتق الى الملك الحقيقي فيضاف اليه والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل اذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق وقد وجد ولو اشترى عبدين معا لم يعتق أحدهما لانه ان وجد معنى السبق فلم يوجد معنى التفرد فان اشترى عبدين معا ثم اشترى آخر لم يعتق الثالث لانه ان وجد فيه معنى التفرد فقد انعدم معنى السبق وقد استشهد محمد في الكتاب لبيان الثالث ليس باول أنه لو قال آخر عبد اشتريته فهو حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى آخر ثم مات المولى أنه يعتق الثالث فدل أنه آخر واذا كان آخرا لا يكون أولا ضرورة لاستحالة كونه ذات واحدة من المخلوقين أولا وآخرا ولو قال أول عبد اشتريه واحدا فهو حر عتق الثالث لانه أعتق عبدا يتصف بكونه فردا سابقا في حال الشراء وقد وجد هذا الوصف في العبد الثالث ولو قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم لم يشتر غيره حتى مات المولى لم يعتق لان الآخر اسم لفرد لاحق وهذا فرد سابق فكان أولا لا آخرا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات المولى عتق الثاني لانه آخر عبد اشتراه واختلف في وقت ثبوت العتق فعند أبي حنيفة يعتق يوم اشتراه وعند أبي يوسف ومحمد يوم مات وجه قولهما أنه علق العتق بصفة الآخرية وانما يتحقق عند موته اذا لم يشتر آخر ألا ترى أنه لو اشترى بعده عبدا آخر خرج هو من أن يكون آخرا فيتوقف اتصافه بكونه آخرا على عدم الشراء بعده ولا يتحقق ذلك الا بالموت لابي حنيفة أنه لما لم يشتر آخر بعده حتى مات تبين أنه كان آخرا يوم اشتراه الا أنا كنا لا نعرف ذلك لجواز أن يشتري آخر بعده فتوقفنا في تسميته آخرا فاذا لم يشتر آخر حتى مات زال التوقف وتبين أنه كان آخرا من وقت الشراء ولو اشترى عبدا ثم عبدين معا لم يعتق أحدهم أما الاول فلا شك فيه لانه أول فلا يكون آخرا وأما الآخران فلان الآخر اسم لفرد لاحق ولم يوجد معنى التفرد فلا يعتق أحدهما وأما بيان ما يظهر به وجود الشرط فالحالف لا يخلو اما أن يكون مقرا بوجود الشرط واما أن يكون منكرا وجوده فان كان مقرا يظهر باقراره كائنا ما كان من الشرط وان كان منكرا فان كان الشرط مما لا يعرف الا من قبل المحلوف بعتقه كمشيئة ومحبة وبغضة والحيض ونحو ذلك يظهر بقوله واذا اختلفا كان القول قوله لانه اذا كان أمرا لا يعرف الا من قبله كان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله وان كان أمرا يمكن الوصول اليه من قبل غيره كدخول الدار وكلام زيد وقدوم عمرو ونحو ذلك اذا اختلفا لا يظهر الا ببينة تقوم عليه من العبد ويكون القول عند عدم البينة قول المولى لان العبد يدعي عليه العتق وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه ولو كان الشرط ولادة الامة بان قال لها ان ولدت فانت حرة فقالت ولدت فكذبها المولى فشهدت امرأة على الولادة لا تعتق عن أبي حنيفة حتى يشهد بالولادة رجلان أو رجل وامرأتان وعندهما تعتق بشهادة امرأة واحدة ثقة والمسئلة مرت في فصول العدة من كتاب الطلاق وأما الثالث وهو بيان من يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الاعتاق المضاف اليه ومن لا يدخل فنقول وبالله التوفيق يدخل تحته عبد الرهن والوديعة والآبق والمغصوب والمسلم والكافر والذكر والانثى لانعدام الخلل في الملك والاضافة ولو قال عنيت به الذكور دون الاناث لم يدين في القضاء لانه ادخل كلمة الاحاطة على المملوك فاذا نوى به البعض فقد نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر فلا

يصدق فى القضاء و يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لانه نوى مايحتمله كلامه و يدخل فيه المدبر والمدبرة وأم الولد وولداهما لما قلنا ألا ترى أن للمولى أن يطأ المدبرة وأم الولد مع ان حل الوطء منفى شرعا الا باحد نوعى الملك مطلقا بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أوماملكت أيمانهم فانهم غيرملومين ولا يدخل فيه المكاتب الا ان يعينه لانه خرج عن يده بعقد الكتابة وصار حرا يدا فاختل الملك والاضافة فلا يدخل تحت اطلاق اسم المملوك ولهذا لا يحل له وطؤها ولو وطئها يلزمه العقر وان عنى المكاتبين عتقوا لان الاسم يحتمل ماعنى وفيه تشديد على نفسه فيصدق وكذا لا يدخل فيه العبد الذى اعتق بعضه لانه حر عندهما وعنده بمنزلة المكاتبة و يدخل عبده المأذون سواء كان عليه دين أولم يكن لما قلنا وأما عبيد عبده المأذون اذا لم يكن عليه دين فهل يدخلون قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يدخلون الا أن ينويهم وقال محمد يدخلون من غير نية وجه قوله انه اذا لم يكن على العبد دين فعبد عبده ملكه بلا خلاف فيعتق ولهما أن فى الاضافة اليه قصورا ألا ترى أنه يقال هذا عبد فلان وهذا عبد عبده فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية لانه لما نوى فقد اعتبر الملك دون الاضافة والحاصل أن محمدا يعتبر نفس الملك ولا خلل فى نفسه وهما يعتبران معه الاضافة وفى الاضافة خلل واعتبارهما أولى لان الحالف اعتبر الامرين جميعا بقوله كل مملوك لى فما لم يوجدا على الاطلاق لا يعتق وان كان على عبده دين محيط برقبته و بما فى يده لم يعتق عبيده عند أبى حنيفة وان نواهم بناء على أصله أن المولى لا يملك عبيد عبده المأذون المديون دينا مستغرقا لرقبته وكسبه وقال أبو يوسف ان نواهم عتقوا لانهم مماليكه الا انهم لا يضافون اليه عند الاطلاق فاذا نوى وفيه تشديد على نفسه عتقوا وعند محمد يعتقون وان لم ينوهم بناء على ماذكرنا ان محمدا لا ينظر الا الى الملك وهما ينظران الى الملك والاضافة جميعا ولا يدخل فيه مملوك بينه و بين أجنبى كذا قال أبو يوسف لان بعض المملوك لا يسمى مملوكا حقيقة وان نواه عتق استحسانا لانه نوى مايحتمله لفظه فى الجملة وفيه تشديد على نفسه فيصدق وهل يدخل فيه الحمل ان كان أمة فى ملكه يدخل و يعتق بعتقها وان كان فى ملكه الحمل دون الامة بان كان موصى له بالحمل لم يعتق لانه لا يسمى مملوكا على الاطلاق لان فى وجوده خطرا ولهذا لا يجب على المولى صدقة الفطر عنه والدليل عليه أنه لو قال ان اشتريت مملوكين فهما حران فاشترى جارية حاملا لم يعتقا لان شرط الحنث شراء مملوكين والحمل لا يسمى مملوكا على الاطلاق وكذا لو قال لامته كل مملوك لى غيرك حر لم يعتق حملها فثبت أن اطلاق اسم المملوك لا يتناول الحمل فلا يعتق الا اذا كانت أمة فى ملكه فيعتق بعتقها لانه فى حكم اجزائها وأما التعليق الذى فيه معنى المعاوضة فهو الكتابة والاعتاق على مال أما الكتابة فلها كتاب مفرد وأما الاعتاق على مال فالكلام فيه فى مواضع فى بيان ألفاظه وفى بيان ماهية الاعتاق على مال وفى بيان مايصح تسميته فيه من البدل ومالا يصح وفى بيان حكم صحة التسمية وفسادها أما الاول فنحو أن يقول لعبده أنت حر على ألف درهم أو بالف درهم أو على أن تعطينى ألفا أو على أن تؤدى الى ألفا أو على أن تجيئنى بالف أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها الى وكذا لو قال بعت نفسك منك على كذا أو وهبت لك نفسك على ان تعوضنى كذا فهذا وقوله انت حر على كذا أو اعتقك على كذا سواء اذا قبل عتق لما ذكرنا فيما تقدم ان البيع ازالة ملك البائع عن المبيع والهبة ازالة ملك الواهب عن الموهوب ثم لو كان المشترى والموهوب له ممن يصح له الملك فى المبيع والموهوب يثبت الملك لهما والعبد ممن لا يصح ان يملك نفسه لما فيه من الاستحالة فنفى البيع والهبة ازالة الملك لا الى احد ببدل على العبد وهذا تفسير الاعتاق على مال ولو قال انت حر وعليك الف درهم يعتق من غير قبول ولا يلزمه المال عند ابى حنيفة وعندهما لا يعتق الا بالقبول فاذا قبل عتق ولزمه المال وعلى هذا الخلاف اذا قال العبد لمولاه اعتقنى ولك ألف درهم فاعتقه والمسئلة ذكرت فى كتاب الطلاق وأما بيان ماهيته فالاعتاق على مال من جانب المولى تعليق وهو تعليق العتق بشرط قبول العوض فيراعى فيه من جانبه احكام التعليق حتى لو ابتدأ المولى فقال أنت حر على ألف درهم ثم أراد ان يرجع عنه قبل قبول العبد لا يملك الرجوع

عنه ولا الفسخ ولا النهى عن القبول ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول العبد ولا يشترط حضور العبد حتى لو كان غائبا عن المجلس يصح و يصح تعليقه بشرط واضافته الى وقت بان يقول له ان دخلت الدار وان كلمت فلانا فانت حر على الف درهم أو يقول ان دخلت أو ان كلمت فلانا فانت حر على ألف درهم غدا أو رأس شهر كذا ونحو ذلك ولا يصح شرط الخيار فيه بان قال انت حر على ألف على انى بالخيار ثلاثة أيام ومن جانب العبد معاوضة وهو معاوضة المال بالعتق لانه من جانبه تمليك المال بالعوض وهذا معنى معاوضة المال فيراعى فيه من جانبه احكام معاوضة المال كالبيع ونحوه حتى لو ابتدا العبد فقال اشتريت نفسى منك بكذا فله ان يرجع عنه و يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول المولى و بقيام المولى أيضا ولا يقف على الغائب عن المجلس ولا يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت بان قال اشتريت نفسى منك بكذا اذا جاء غد أو قال عند رأس شهر كذا ولو قال اذا جاء غد فأعتقنى على كذا جاز لان هذا توكيل منه بالاعتاق حتى يملك العبد عزله قبل وجود الشرط و بعده وقبل ان يعتق ولو لم يعزله حتى اعتقه نفذ اعتاقه و يجوز بشرط الخيار لهما عند ابى حنيفة على ماذكرنا فى كتاب الطلاق فى فصل الخلع والطلاق على مال ولا يصح الاعتاق على مال الا فى الملك لان التعليق بما سوى الملك وسببه من الشروط لا صحة له بدون الملك وكذا المعاوضة و يعتق العبد بنفس القبول لانه من جانبه تعليق العتق بشرط قبول العوض وقد وجد الشرط فينزل المعلق كالتعليق بدخول الدار وغيره ومن جانب العبد معاوضة وزوال الملك عن المعوض يتعلق بنفس قبول العوض فى المعاوضات كالبيع ونحوه بخلاف قوله ان اديت الى ألفا فانت حر لانه ليس فيه معنى المعاوضة رأسا بل هو تعليق محض وقد علقه بشرط الاداء فلا يعتق قبله والعتق ههنا تعلق بالقبول فاذا قبل عتق ولو قال المولى اعتقتك امس بالف درهم فلم يقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه من جانب المولى تعليق بشرط القبول والعبد يدعى وجود الشرط والمولى ينكر فكان القول قول المولى كما لو قال لعبده ان دخلت الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم والعبد يدعى الدخول وانكر المولى كان القول قول المولى كذا ههنا ولو كان الاختلاف فى البيع كان القول قول المشترى بان قال البائع بعتك عبدى امس بألف درهم فلم تقبل وقال المشترى بل قبلت فالقول قول المشترى والفرق ان البيع لا يكون بيعا الا بعد قبول المشترى فاذا قال بعتك فقد أقر بالقبول فبقوله لم تقبل يريد الرجوع عما اقر به وابطال ذلك فلم يقبل بخلاف الاعتاق على مال لان كونه تعليقا لا يقف على وجود القبول من العبد انما ذلك شرط وقوع العتق فكان الاختلاف واقعا فى ثبوت العتق وعدمه فكان القول قول المولى ولو اختلف المولى والعبد فى مقدار البدل فالقول قول العبد لانه هو المستحق عليه المال فكان القول قوله فى القدر المستحق كما فى سائر الديون ولانه لو وقع الاختلاف فى اصل الدين كان القول قول المنكر فكذا اذا وقع فى القدر وان اقاما بينة فالبينة بينة المولى لانها تثبت زيادة بخلاف التعليق بالاداء اذا اختلفا فى مبلغ المال ان القول فيه قول المولى لان الاختلاف هناك وقع فى شرط ثبوت العتق اذ هو تعليق محض فالعبد يدعى العتق على المولى وهو ينكر فكان القول قوله وان اقاما البينة فالبينة بينة العبد لان الاصل هو العمل بالبينتين ما أمكن اذ هو عمل بالدليلين وههنا امكن الجمع بينهما لعدم التنافى لانا نجعل كان المولى علق عتقه بكل واحد من الشرطين على حياله فايهما وجد عتق ثم اذا قبل العبد عتق وصار البدل المذكور دينا فى ذمته اذا كان مما يحتمل الثبوت فى الذمة فى الجملة على مانبين و يسعى وهو حر فى جميع احكامه وذكر على الرازى اصلا فقال المستسعى على ضربين كل من يسعى فى تخليص رقبته فهو فى حكم المكاتب عند ابى حنيفة وكل من يسعى فى بدل رقبته الذى لزمه بالعتق أو فى قيمة رقبته لاجل بدل شرط عليه او لدين ثبت فى رقبته فهو بمنزلة الحر فى احكامه مثل ان يعتق الراهن عبده المرهون وهو معسر وكذلك العبد المأذون اذا اعتق وعليه دين وكذلك امة اعتقها سيدها على أن تتزوجه فقبلت ثم ابت فانها تسعى فى قيمتها وهى بمنزلة الحرة وكذلك اذا قال لعبده انت حر على رقبتك فقبل ذلك فهو بمنزلة الحر وانما كان كذلك لان السعاية فى هذه الفصول لزمت بعد ثبوت الحرية وفى الفصل الاول قبل ثبوتها وانما يسعى ليتوسل بالسعاية الى الحرية عند ابى حنيفة وعلى هذا لو ابرأ المولى

المكاتب من مال الكتابة فلم يقبل فهو حر وعليه ان يؤدى الكتابة لان الابراء يصح من غير قبول الا انه يرتد بالرد لكن فيما يحتمل الرد والعتق لا يحتمل الرد فلم يرتد بالرد والمال يحتمل الرد فيرتد بالرد فيعتق و يلزمه المال ولو قال لامته انت حرة على الف درهم فقبلت ثم ولدت ثم ماتت لم يكن على الولد أن يسعى فى شىٔ مما اعتقت عليه لانها اعتقت بالقبول ودين الحرة لا يلزم ولدها وسواء اعتق عبده على عوض فقبل او نصف عبده على عوض فقبل انه يصح غير انه اذا اعتق نصفه على عوض فقبل يعتق نصفه بالعوض و يسعى العبد فى نصف قيمته عن النصف الآخر فاذا ادى بالسعاية عتق باقيه وهو قبل الاداء بمنزلة المكاتب فى جميع احكامه الا انه لا يرد فى الرق وهذا قول ابى حنيفة وعلى قول ابى يوسف ومحمد يعتق كله ولا سعاية عليه بناء على ان العتق يتجزأ عنده فعتق البعض يوجب عتق الباقى فيجب تخريجه الى العتاق فيلزمه السعاية وعندهما لا يتجزأ فكان عتق البعض بعوض عتقا للكل بذلك العوض وذكر محمد فى الزيادات فيمن قال لعبده انت حر على ألف درهم انت حر على مائة دينار فقال العبد قد قبلت عتق وكان عليه المالان جميعا وكذا لو قال لامرأته انت طالق ثلاثا على الف درهم انت طالق ثلاثا على مائة دينار فقالت قد قبلت طلقت ثلاثا بالمالين جميعا وهذا قول محمد وقال ابو يوسف فى مسئلة الطلاق القبول على الكلام الاخير وهى طالق ثلاثا بمائة دينار قال الكرخى وكذلك قياس قوله فى العتق ووجهه انه لما اوجب العتق بعوض ثم أوجبه بعوض آخر فقد انفسخ الايجاب الاول فتعلق القبول بالثانى كما فى البيع ولمحمد ان الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى والزوج وانه لا يحتمل الانفساخ فلم يتضمن الايجاب الثانى انفساخ الاول فيصح الايجابان و ينصرف القبول اليهما جميعا اذ هو يصلح جوابا لهما جميعا فيلزم المالان جميعا بخلاف البيع لان ايجاب البيع يحتمل الفسخ فيتضمن الثانى انفساخ الاول ولو باع المولى العبد من نفسه أو وهب له نفسه على عوض فله ان يبيع العوض قبل القبض لانه مملوك بسبب لا ينفسخ بهلاكه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالميراث وله ان يعتقه على مال مؤجل و يكون ذلك دينا عليه مؤجلا وله ان يشترى منه شيئا يدا بيد ولا خير فيه نسيئة لان من أصل اصحابنا أن جميع الديون يجوز التصرف فيها قبل القبض كاثمان البياعات والعروض والغصوب الا بدل الصرف والسلم الا انه لا بد من القبض فى المجلس لئلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو أعطاه كفيلا بالمال الذى اعتقه عليه فهو جائز لانه صار حرا بالقبول والكفالة بدين على حر جائزة كالكفالة بسائر الديون وولاؤه يكون للمولى لانه عتق على ملكه والمال دين على العبد لانه فى جانبه معاوضة والمولى أيضا لم يرض بخروجه عن ملكه الا ببدل وقد قبله العبد والله عز وجل أعلم وأما بيان ما تصح تسميته من البدل وما لا تصح و بيان حكم التسمية وفسادها فالبدل لا يخلو اما أن يكون عين مال واما أن يكون منفعة وهى الخدمة فان كان عين مال فاما أن يكون بعينه بأن كان معينا مشارا اليه واما ان كان بغير عينه بأن كان مسمى غير مشار اليه فان كان بعينه عتق اذا قبل لان عدم ملكه لا يمنع صحة تسميته عوضا لانه مال معصوم متقوم معلوم ثم ان أجاز المالك سلم عينه الى المولى وان لم يجز فعلى العبد قيمة العين لان تسميته قد صحت ثم تعذر تسليمه لحق الغير فتجب قيمته اذ الاعتاق على القيمة جائز كما اذا قال أعتقتك على قيمة رقبتك أو على قيمة هذا الشىٔ فقبل يعتق وكذا عدم الملك فى باب البيع لا يمنع صحة التسليم أيضا حتى لو اشترى شيأ بعبد مملوك لغيره صح العقد الا أن هناك ان لم يجز المالك يفسخ العقد اذ لا سبيل الى ايقاعه على القيمة اذ البيع على القيمة بيع فاسد وههنا لا يفسخ لامكان الايقاع على القيمة اذ الاعتاق على القيمة اعتاق صحيح فتجب قيمته كما فى النكاح والخلع والطلاق على مال وان كان بغير عينه فان كان المسمى معلوم الجنس والنوع والصفة كالمكيل والموزون فعليه المسمى وان كان معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة كالثياب الهروية والحيوان من الفرس والعبد والجارية فعليه الوسط من ذلك واذا جاء بالقيمة يجبر المولى على القبول لان جهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية فيما وجب بدلا عما ليس بمال كالمهر و بدل الخلع والصلح من دم العمد وان كان مجهول الجنس كالثوب والدابة والدار فعليه قيمة نفسه لان الجهالة متفاحشة ففسدت التسمية والاصل فيه ان كل

جهالة تزيد على جهالة القيمة توجب فساد التسمية كالجهالة الزائدة على جهالة مهر المثل في باب النكاح والكلام فيه كالكلام في المهر وقد ذكرناه على سبيل الاستقصاء في كتاب النكاح الا أن هناك اذا فسدت التسمية يجب مهر المثل وههنا تجب قيمة العبد لان الموجب الاصلي هناك مهر المثل لانه قيمة البضع وهو العدل والمصير الى المسمى عند صحة التسمية فاذا فسدت صير الى الموجب الاصلي والموجب الاصلي ههنا قيمة العبد لان الاعتاق على مال معاوضة من جانب العبد ومبنى المعاوضة على المعادلة وقيمة الشيء هي التي تعادله الا أن عند صحة التسمية يعدل عنها الى المسمى فاذا فسدت وجب العوض الاصلي وهو قيمة نفس العبد وان كان البدل منفعة وهي خدمته بأن قال لعبده أنت حر على أن تخدمني سنة فقبل فهو حر حين قبل ذلك والخدمة عليه يؤخذ بها لان تسمية الخدمة قد صحت فيلزمه المسمى كما اذا أعتقه على مال عين فان مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة لانه قبل الخدمة للمولى وقد مات المولى لكن للورثة أن يأخذوا العبد بقيمة نفسه وان كان قد خدم بعض السنة فلهم أن يأخذوه بقدر ما بقي من الخدمة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ العبد بقيمة تمام الخدمة ان كان لم يخدم وان كان قد خدم بعض الخدمة يؤخذ بقيمة ما بقي من الخدمة وكذلك اذا قال أنت حر على أن تخدمني أربع سنين فمات المولى قبل الخدمة على قولهما على العبد قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته أربع سنين ولو كان العبد خدمه ثم مات المولى فعلى قولهما على العبد ثلاثة أرباع قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته ثلاث سنين وكذلك لو مات العبد وترك مالا يقضى لمولاه في ماله بقيمة نفسه عندهما وعنده يقضى بقيمة الخدمة وأصل المسئلة ان من باع العبد من نفسه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية فعلى قولهما يرجع على العبد بقيمة نفسه وعلى قول محمد يرجع عليه بقيمة الجارية وكذلك لو لم تستحق ولكنه وجد بها عيبا فردها فهو على هذا الاختلاف وجملة الكلام فيه ان المولى اذا قبض العوض ثم استحق من يده فان كان العوض بغير عينه كالمكيل والموزون الموصوفين في الذمة أو العروض والحيوان كالثوب المروي والفرس والعبد والجارية فعلى العبد مثله في المكيل والموزون والوسط في الفرس والحيوان لان العقد وقع على مال في الذمة وانما المقبوض عوض عما في الذمة فاذا استحق المقبوض فقد انفسخ فيه القبض فبقي موجب العقد على حاله فله أن يرجع على العبد بذلك وان كان عينا في العقد وهو مكيل أو موزون فكذلك يرجع المولى على العبد بمثله لما قلنا وان كان عرضا أو حيوانا فقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف يرجع على العبد بقيمة نفسه وقال محمد يرجع عليه بقيمة المستحق (وجه) قول محمد ان العقد لم ينفسخ باستحقاق العوض لانه لا يحتمل الفسخ فيبقى موجبا لتسليم العوض وقد عجز عن تسليمه فيرجع عليه بقيمته كالخلع والصلح عن دم العمد ولهما ان العقد قد انفسخ في حق أحد العوضين وهو المستحق لانه تبين أنه وقع على عين هي ملك المستحق ولم يجز واذا انفسخ العقد في حقه لم يبق موجبا على العبد تسليمه فلا يجب عليه قيمته وانفساخه في حق أحد العوضين يقتضي انفساخه في حق العوض الآخر وهو نفس العبد الا أنه تعذر اظهاره في صورة العبد فيجب اظهاره في معناه وهو قيمته فتجب عليه اذ قيمته قائمة مقام رد عينه كمن باع عبدا بجارية فأعتقها ومات العبد قبل التسليم انه يجب على البائع رد قيمة العبد لا رد قيمة الجارية كذا ههنا ثم ما ذكرنا من الاختلاف في العيب اذا كان العيب فاحشا لان العيب الفاحش في هذا الباب يوجب الرد بلا خلاف كما في باب النكاح فأما اذا كان غير فاحش فكذلك عندهما وأما عند محمد فلا يملك ردها لانه مبادلة المال بما ليس بمال فأشبه النكاح والمرأة في باب النكاح لا تملك رد المهر الا في العيب الفاحش وكذا المولى ههنا ولو قال عبد رجل لرجل اشترلي نفسي من مولاي بألف درهم فاشتراه فالوكيل لا يخلو اما أن يبين وقت الشراء انه يشتري نفس العبد للعبد واما ان لم يبين فان بين جاز الشراء وعتق العبد بقبول الوكيل ويجب الثمن لانه أتى بما وكل به فنفذ على الموكل ثم ذكر في الجامع ان المولى يطالب الوكيل ثم الوكيل يطالب العبد فقد جعل هذا التصرف في حكم معاوضة المال بالمال كالبيع ونحوه لان حقوق العبد انما ترجع الى الوكيل في مثل هذه

المعاوضة وذكر فى كتاب الوكالة أنه يطالب العبد ولا يطالب الوكيل واعتبره معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والطلاق على مال والصلح عن دم العمد وان لم يبين يصير مشتريا لنفسه لا للعبد لانه اذا لم يبين فالبائع رضى بالبيع لا بالاعتاق فلو قلنا انه يصير مشتريا للعبد ويعتق لكان فيه اثبات الولاية على البائع من غير رضاه وهذا لا يجوز وكذلك لو بين لكنه لو خالف فى الثمن بأن اشترى بزيادة يكون مشتريا لنفسه لما قلنا هذا اذا أمر العبد رجلا فأما اذا أمر رجل العبد بأن يشترى نفسه من مولاه بألف درهم فاشترى فان بين وقت الشراء أنه يشترى للآمر فيكون للآمر ولا يعتق لانه اشترى للآمر لا لنفسه فيقع الشراء للآمر ويصير قابضا لنفسه بنفس العقد لانه فى يد نفسه وليس للبائع أن يحبسه لاستيفاء الثمن لانه صار مسلما اياه حيث عقد على شئ هو فى يده وهو نفسه ولو وجد الآمر به عيبا له أن يرده ولكن العبد هو الذى يتولى الرد لانه وكيل وحقوق هذا العقد ترجع الى العاقد وان لم يبين وقال لمولاه بع نفسى منى بألف درهم فباع صار مشتريا لنفسه وعتق لان بيع نفس العبد منه اعتاق وكذا اذا بين وخالف أمره يصير مشتريا لنفسه ويعتق ولو قال لعبد واحد أنت حر على ألف درهم فقبل أن يقبل قال له أنت حر على مائة دينار فان قال قبلت بالمالين عتق ويلزمه المالان جميعا بلا خلاف وان قال قبلت مبهما ولم يبين فكذلك فى قول محمد وكذلك لو قال لامرأته أنت طالق ثلاثا على ألف درهم أنت طالق ثلاثا على مائة دينار انها ان قالت قبلت بالمالين طلقت بالمالين بلا خلاف وان أبهمت بأن قالت قبلت طلقت ثلاثا بالمالين جميعا فى قول محمد وأما عند أبى يوسف فالقبول على الكلام الاخير فى المسئلتين ووجهه ان القبول خرج عقب الايجاب الاخير فينصرف اليه ولانه لما أوجب بعوض ثم أوجب بعوض آخر تضمن الثانى انفساخ الاول كما فى البيع فيتعلق القبول بالثانى كما فى البيع ولمحمد الفرق بين الاعتاق والطلاق على مال وبين البيع وهو ان الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى والزوج وأنه لا يحتمل الانفساخ فلم يوجب الثانى رفع الاول بخلاف البيع لانه يحتمل الرفع والفسخ فيوجب الثانى ارتفاع الاول هذا اذا قبل بالمالين أو قبل على الابهام فأما اذا قبل بأحد المالين بان قال قبلت بالدراهم أو قال قبلت بالدنانير ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أنه لا يعتق وعلل بان للمولى أن يقول أعتقتك بالمالين جميعا فلا يعتق بقبول أحدهما مع الشك وذكر أبو يوسف فى الامالى أنه يعتق ووجهه أن المولى أتى بايجابين مختلفين فكان للعبد أن يقبل بأيهما شاء ولو قال أنت حر على ألف درهم أو مائة دينار فان قبل بأحد المالين عينا عتق بان قال قبلت بالدراهم أو قال قبلت بالدنانير لانه أعتقه بأحد المالين وان قبل بأحد المالين غير عين عتق أيضا لوجود الشرط ويلزمه أحد المالين والبيان اليه كما اذا قال لفلان على ألف درهم أو مائة دينار يلزمه أحدهما والبيان اليه كذا ولو قال قبلت بالمالين لا شك أنه يعتق لان فى قبول المالين قبول أحدهما فوجد شرط العتق فيعتق ويلزمه أحد المالين لانه أعتقه على أحد المالين فلا تلزمه الزيادة والبيان الى العبد يختار أيهما شاء وكذلك اذا قال قبلت ولم يبين يعتق ويلزمه أحد المالين وخيار التعيين اليه لان قوله قبلت يصلح جواب الايجاب فيصير كانه قال قبلت بأحدهما ولم يعين أو قبلت بهما وهناك يعتق وخيار التعيين اليه كذا ههنا وعلى هذا اذا قال لامرأته أنت طالق على ألف درهم أو على مائة دينار فقبلت بأحدهما عينا أو غير عين أو قبلت بالمالين أو أبهمت لما قلنا فى العتق وكذلك لو قال أنت حر على ألف درهم أو على ألفين الا ان ههنا اذا قبل بالمالين يعتق بألف ولا يخير لان الجنس متحد والتخيير بين الاكثر والاقل فى الجنس الواحد لا يفيد لانه لا يختار الا الاقل بخلاف الفصل الاول لان هناك اختلف الجنس فكان التخيير مفيدا هذا كله اذا أضاف العتق الى معين فان أضافه الى مجهول بان قال لعبديه أحدكما حر بالف درهم لا يعتق واحد منهما ما لم يقبلا جميعا حتى لو قبل أحدهما ولم يقبل الآخر لا يعتق لان قوله أحدكما كما يقع على القابل يقع على غير القابل فمن الجائز أنه عنى به غير القابل ألا ترى أن له أن يقول عنيت به غير القابل فلو حكمنا بعتق القابل لكان فيه اثبات العتق بالشك وان قبلا جميعا فان قبل كل واحد منهما بخمسمائة لا يعتق واحد منهما لانه أعتق أحدهما بالف لا بخمسمائة وان قبل كل واحد منهما

بالف بان قال كل واحد منهما اقبلت بالف درهم أو قال قبلت ولم يقل بالف أو قالا ماقبلنا بالف أو قالا قبلنا ولم يذكرا الالف عتق أحدهما بالالف لوجود شرط العتق وهو قبول كل واحد منهما الالف و يقال للمولى اختر العتق فى أحدهما لانه هو الذى أجمل العتق فكان البيان اليه فايهما اختار عتق ولزمته الالف فان مات قبل البيان يعتق من كل واحد منهما نصفه بخمسمائة و يسعى فى نصف قيمته لانه لما مات قبل البيان وقد شاع عتق رقبة فيهما فيقسم عليهما نصفين ولو قال أحدكما حر بالف درهم فقبلا ثم قال أحدكما حر بالف درهم أو قال أحدكما حر بغير شىء فاللفظ الثانى لغو لانهما لما قبلا العتق بالايجاب الاول فقد نزل العتق فى أحدهما لوجود شرط النزول وهو قبولهما فالايجاب الثانى يقع جمعا بين حر وعبد فلا يصح ولو لم يقبلا ثم قال أحدكما حر بغير شىء عتق أحدهما باللفظ الثانى بغير شىء لانهما لما لم يقبلا لم ينزل العتق بالايجاب الاول فصح الايجاب الثانى وهو تنجيز العتق على أحدهما غير عين فيقال للمولى اصرف اللفظ الثانى الى أحدهما فاذا صرفه الى أحدهما عتق ذلك بغير شىء لان التنجيز حصل بغير بدل وأما الآخر فان قبل البدل فى المجلس يعتق والا فلا لان الايجاب الاول وقع صحيحا لحصوله بين عبدين وتعلق العتق بشرط القبول وقد وجد فيه ضرب اشكال وهو أن شرط وجوب الحرية لاحدهما هو قبولهما ولم يوجد ههنا الا قبول أحدهما فينبغى أن لا يعتق العبد الآخر والجواب أن الايجاب أضيف الا أحدهما ألا يرى أنه قال أحدكما حر وقد وجد القبول من أحدهما ههنا الا انه اذا لم ينجز عتق أحدهما يتوقف عتق أحدهما على قبولهما جميعا لاحتمال أنه أراد به الآخر فاذا عينه فى التخيير علم أنه ما أراده بالايجاب الاول لان الاعتاق من المعتق لا يتصور فتعين الآخر للقبول وقد قبل فيعتق ولو قبلا جميعا قبل البيان عتقا لان العتق لم ينزل بالايجاب الاول لانه تعليق العتق بشرط القبول فلا ينزل قبل وجود الشرط فيصح الايجاب الثانى واذا قبلا جميعا فقد تيقنا بعتقهما لان أيهما أريد بالايجاب الاول عتق بالقبول وأيهما أريد بالايجاب الثانى عتق من غير قبول لانه ايجاب بغير بدل فكان عتق كل واحد منهما متيقنا به لكن عتق أحدهما بالايجاب الاول وعتق الآخر بالايجاب الثانى فيعتقان ولا يقضى عليهما بشىء لان أحدهما وان عتق بالايجاب ببدل الا انه مجهول والقضاء بايجاب المال على المجهول متعذر كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم انه لا يلزمهما بهذا الاقرار شىء لكون المقضى عليه مجهولا كذا هذا ولو لم يقبلا جميعا ولكن قبل أحدهما لا يعتق الا أحدهما لوجود شرط عتق أحدهما وهو قبول أحدهما فى هذه الصورة لما بينا من الفقه ثم ان صرف المولى اللفظ الثانى الى غير القابل عتق غير القابل بغير شىء وعتق القابل بألف وان صرف اللفظ الثانى الى القابل عتق القابل بغير شىء وعتق غير القابل باللفظ الاول بالف ان قبل فى المجلس لان القابل منهما يعتق بالايجاب الاول وانه ايجاب ببدل فيعتق ببدل وغير القابل يعتق بالايجاب الثانى وانه ايجاب بغير بدل فيعتق بغير بدل ولو قال لعبديه أحدكما حر بغير شىء ثم قال أحدكما حر بالف درهم فالكلام الثانى لغو لان أحدهما عتق بالايجاب الاول لوجود تنجيز العتق فى أحدهما فالثانى يقع جمعا بين الحر والعبد فيبطل ولو قال أحدكما حر بالف درهم فقبل أن يقبلا قال أحدكما حر بمائة دينار فان قبل كل واحد منهما العتق باحد المالين بان قبل أحدهما بالف درهم وقبل الآخر بمائة دينار أو قبل أحدهما بالمالين ولم يقبل الآخر أو قبل أحدهما بالمالين وقبل الآخر بمال واحد لا يعتق واحد منهما لان للمولى أن يجمع المالين على أحدهما فيقول عنيتك بالمالين أو يقول عنيت غيرك فلا يثبت العتق مع الشك فان قبلا جميعا بالمالين بان قال كل واحد منهما قبلت بالمالين أو قالا جميعا قد قبلنا يخير المولى فيقال له اما ان تصرف اللفظين جميعا الى أحدهما فتجمع المالين عليه فيعتق بالمالين ويبقى الآخر رقيقا واما ان تصرف أحد اللفظين الى أحدهما والآخر الى صاحبه فيعتق أحدهما بالف درهم والآخر بمائة دينار لان الايجابين وقعا صحيحين أما الاول فلا شك فيه ولانه أضيف الى أحد العبدين وكذا الثانى لان الايجاب الاول لم يتصل به القبول والعتق معلق بالقبول فالايجاب الثانى حصل مضافا الى أحد عبدين فيصح ومتى صح الايجاب الثانى فيحتمل أنه عنى به من عناه بالايجاب الاول ويحتمل أنه عنى به العبد الآخر اذ لك

خير المولى فان مات قبل البيان عتق من كل واحد ثلاثة أرباعه بنصف المالين لان أحدهما حر بيقين لانه أراد بالايجاب الثانى غير من أراده بالاول فكان الثابت بالكلامين عتقين بكل كلام عتق وان أراد بالثانى عين من أراده بالاول كان الثابت بالكلامين عتق واحد فاذا عتق واحد ثابت بيقين والعتق الآخر يثبت فى حال ولا يثبت فى حال فينصف فثبت عتق ونصف عتق بالمالين وليس أحدهما بكمال العتق باولى من الآخر فينقسم عتق ونصف عتق بينهما فيصيب كل واحد منهما ثلاثة أرباع العتق بنصف المالين و يسعى فى ربع قيمته ولو قال لعبد له بعينه أنت حر على ألف درهم فقبل ان يقبل جمع بين عبد له آخر و بينه فقال أحدكما حر بمائة دينار فقالا قبلنا يخير المولى فان شاء صرف اللفظين الى المعين وعتق بالمالين جميعا وان شاء صرف أحد اللفظين الى أحدهما والآخر الى الآخر وعتق المعين بألف درهم وغير المعين بمائة دينار لان الايجابين صحيحان لما قلنا فيحتمل أنه أراد بالثانى المعين أيضا و يحتمل انه أراد به غير المعين فيقال له بين فايهما بين فالحكم للبيان فان مات قبل البيان عتق المعين كله لانه دخل تحت الايجابين جميعا أما الايجاب الاول فلا شك فيه لانه خصه به فلا يشاركه فيه غيره وأما الايجاب الثانى فلان قوله أحدكما يقع على كل واحد منهما فاذا قبل الايجابين وجد شرط عتقه فيعتق فيلزمه ألف درهم وخمسون دينارا أما الالف فلانه لا مشاركة للثانى فيهما وأما نصف المائة الدينار فلانه فى حال يلزمه مائة دينار وهى ما عناه باللفظين وفى حال لا يلزمه منها شىء وهى ما اذا عنى باللفظ الثانى غيره فيتنصف ذلك فيلزمه خمسون دينارا وأما غير المعين فانه يعتق نصفه بنصف المائة لانه يعتق فى حال ولا يعتق فى حال لانه ان عناه بالايجاب الثانى يعتق كله بكل المائة وان لم يعنه لا يعتق شىء منه ولا يلزمه شىء فيعتق فى حال ولم يعتق فى حال فتعتبر الاحوال و يعتق نصفه بنصف المائة وهو خمسون هذا اذا عرف المعين من غير المعين فان لم يعرف وقال كل واحد منهما أنا المعين يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه بنصف المالين وهو نصف الالف ونصف المائة الدينار لاستوائهما فى ذلك والثابت عتق ونصف عتق فيصيب كل واحد منهما ثلاثة أرباع العتق و يسعى فى ربع قيمته ولو قال لعبديه أحدكما حر على ألف درهم والآخر على خمسمائة فان قالا جميعا قبلنا أو قال كل واحد منهما قبلت بالمالين أو قال كل واحد منهما قبلت بأكثر المالين عتقا جميعا فيلزم كل واحد منهما خمسمائة أما عتقهما فلان الايجابين خرجا على الصحة بخروج كل واحد منهما بين عبدين والمراد بالايجاب الثانى ههنا غير المراد بالايجاب الاول فاذا قبلا فقد وجد شرط نزول العتق فيهما جميعا وانقطع خيار المولى ههنا فيعتقان جميعا وعلى كل واحد منهما خمسمائة لان أحدهما عتق بألف والآخر بخمسمائة لكنا لا ندرى الذى عليه الالف والذى عليه خمسمائة الا انا تيقنا بوجوب خمسمائة على كل واحد منهما وفى الفصل الثانى شك فيجب المتيقن ولا يجب المشكوك فيه كاثنين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم وعلى الآخر خمسمائة لا يطالب كل واحد منهما الا بخمسمائة لما قلنا فكذا هذا ولو قبل أحدهما بأقل المالين والآخر بأكثر المالين عتق الذى قبل العتق بأكثر المالين لانه لا يخلو اما ان عناه المولى بالايجاب بالاقل أو بالايجاب بالاكثر فتيقنا بعتقه ثم فى الاكثر قدر الاقل و زيادة فيلزمه خمسمائة كانه قال قبلت بالمالين فيلزمه الاقل وهو خمسمائة و يصير بعد العتق كانه قال لك على ألف درهم أو خمسمائة ولو قال ذلك لزمه الاقل كذا ههنا ولو قبل كل واحد منهما بأقل المالين لا يعتقان لان حجة المولى لم تنقطع لان له أن يقول لم أعتقك بهذا المال بخلاف ما اذا قبل أحدهما بأكثر المالين لان الاقل داخل فى الاكثر ولو قال أحدكما حر بألف والآخر بألفين فان قبلا بان قال كل واحد منهما قبلت بالمالين أو قالا قبلنا عتقا لوجود شرط عتقهما وعلى كل واحد منهما ألف لانه أعتق أحدهما بألف والآخر بألفين فتيقنا بوجوب الالف على كل واحد منهما كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف وعلى الآخر ألفان يلزم كل واحد منهما ألف لكون الالف تيقنا بها كذا هذا وان قبل أحدهما المالين جميعا بان قال قبلت بالمالين أو قال قبلت أو قبل بأكثر المالين بان قال قبلت بالمالين أو قال قبلت بألفين يعتق لوجود شرط العتق وهو القبول

أما اذاقبل بالمالين أوقال قبلت فلاشك فيه وكذا اذاقبل بأكثر المالين لوجود القبول المشروط بيقين فيعتق وقيل هذا على قياس قولهما فاما على قياس قول أبي حنيفة ينبغي ان لا يعتق وهو القياس على مسئلة الشهادة بالالف والالفين والصحيح انه يعتق بلاخلاف واذاعتق لا يلزمه الالف درهم لان الواجب أحد المالين وأحدهما أقل والآخر أكثر والجنس متحد فيتعين بالاقل للوجوب ولا يخير العبد ههنا لان التخيير بين الاقل والاكثر عند اتحاد الجنس غير مفيد لانه يختار الأقل لامحالة وان قبل أحدهما الالف لا يعتق لان للمولى أن يصرف العتق الى الآخر كما اذا قال أحدكما حر بألفين فقبل أحدهما ولوقال أحدكما حر بألف أحدكما حر بمائة دينار فان قبلا عتقالوجود شرط العتق ولاشيء عليهما لان المقضي عليه مجهول اذلا يدرى الذي عليه الالف منهما والذي عليه المائة الدينار كاثنين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم وعلى الآخر مائة دينار انه لا يلزم أحدهما شيء كذا هذا وكذا هذا في الطلاق بان قال لامرأتيه احداكما طالق بألف والاخرى بمائة دينار فقبلتا جميعا طلقت كل واحدة منهما طلقة بائنة ولا يلزمهما شيء لما قلنا وان قبل أحدهما العتق بألف درهم أو بمائة دينار أوقبل أحدهما العتق بأحد المالين والآخر بالمال الآخر لا يعتق واحد منهما لان للمولى أن يقول لم أعنك بهذا المال الذي قبلت ولو قبل أحدهما بالمالين عتق و يلزمه أي المالين اختاره لان الواجب أحدهما وهما جنسان مختلفان فكان التخيير مفيدا فيخير بخلاف الفصل الاول فان قبل الآخر في المجلس عتقا وسقط المال عن القابل الاول لان المقضي عليه مجهول هذا اذا كان قبل قبل البيان من الاول فان قبل بعد البيان عتق الثاني بغير شيء وعتق الاول بالمالين لان بيانه في حق نفسه صحيح وفي حق الآخر لم يصح ولوقال أحدكما حر بألف والآخر حر بغير شيء فان قبلا جميعا عتقا لوجود شرط عتقهما وهو قبولهما ولا شيء عليهما لان الذي عليه البدل مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم ولا شيء على الآخر لا يجب على أحدهما شيء لجهالة من عليه الواجب كذا ههنا وان قبل أحدهما بألف ولم يقبل الآخر يقال للمولى اصرف اللفظ الذي هو اعتاق بغير بدل الى أحدهما فان صرفه الى غير القابل عتق غير القابل بغير شيء وعتق القابل بألف وان صرفه الى القابل عتق القابل بغير شيء و يعتق الآخر بالايجاب الذي هو ببدل اذا قبل في المجلس وكذا ولم يقبل واحد منهما حتى صرف الايجاب الذي هو بغير بدل الى أحدهما يعتق هو و يعتق الآخر ان قبل البدل في المجلس والا فلا وان مات المولى قبل البيان عتق القابل كله وعليه خمسمائة وعتق نصف الذي لم يقبل و يسعى في نصف قيمته أما عتق القابل كله فلان عتقه ثابت بيقين لانه ان أريد بالايجاب الاول عتق وان أريد بالايجاب الثاني عتق فكان عتقه متيقنا به وأما لزوم خمسمائة لانه ان أعتق بالايجاب الاول يعتق بألف وان أعتق بالايجاب الثاني يعتق بغير شيء فينصف الالف فيلزمه خمسمائة وأما عتق النصف من غير القابل فلانه ان أريد باللفظ الاول لا يعتق وان أريد باللفظ الثاني يعتق فيعتق في حال دون حال فيتنصف عتقه فيعتق نصفه و يسعى في نصف قيمته هذا اذا كان الاعتاق تنجيزا أو تعليقا بشرط فأما اذا كان أضافه الى وقت فلا يخلو اما ان أضافه الى وقت واحد واما ان أضافه الى وقتين فان أضافه الى وقت واحد فاما ان أضافه الى مطلق الوقت واما ان أضافه الى وقت موصوف بصفة وفي الوجوه كلها يشترط وجود الملك وقت الاضافة لان اضافة الاعتاق الى وقت اثبات العتق في ذلك الوقت لامحالة ولا ثبوت للعتق بدون الملك ولا يوجد الملك في ذلك الوقت الا اذا كان موجودا وقت الاضافة لانه ان كان موجودا وقت الاضافة فالظاهر انه يبقى الى الوقت المضاف اليه فيثبت العتق واذا لم يكن موجودا كان الظاهر بقاءه على العدم فلا يثبت العتق في الوقت المضاف اليه لامحالة فيكون خلاف تصرفه والاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه أما الاضافة الى وقت مطلق فنحو ان يقول لعبده أنت حر غدا أو رأس شهر كذا فيعتق اذا جاء غدا أو رأس الشهر لانه جعل الغد أو رأس الشهر ظرفا للعتق فلابد من وقوع العتق عنده ليكون ظرفا له وليس هذا تعليقا بشرط لانعدام أدوات التعليق وهي كلمات الشرط ولهذا لو حلف لا يحلف فقال

هذه المقالة لا يحنث بخلاف ما اذا قال أنت حر اذا جاء غد لان ذلك تعليق بشرط لوجود كلمة التعليق فان قيل كيف يكون تعليقا بشرط والشرط ما في وجوده خطر ومجيء الغد كائن لا محالة قيل له من مشايخنا من قال ان الغد في مجيئه خطر لاحتمال قيام الساعة في كل ساعة قال الله سبحانه وتعالى وما أمر الساعة الا كلمح البصر أو هو أقرب فيصلح مجيء الغد شرطا لكن هذا الجواب ليس بسديد لان الساعة لا تقوم الا عند وجود اشراطها من خروج يأجوج ومأجوج ودابة الارض وخروج الدجال وطلوع الشمس من مغربها ونحو ذلك مما دل عليه الكتاب وردت به الاخبار والجواب الصحيح ان يقال ان مجيء الغد وان كان متيقن الوجود يمكن كونه شرطا لوقوع العتق وليس بمتيقن الوجود بل له خطر الوجود والعدم لاحتمال موت العبد قبل مجيء الغد أو موت المولى أو موتهما وحينئذ لا يكون شرطا العدم تصور الجزاء على ان الشرط اسم لما جعل علما لنزول الجزاء سواء كان موهوم الوجود أو متيقن الوجود وأما الاضافة الى وقت موصوف فنحو ان يقول لعبده أنت حر قبل دخولك الدار بشهر أو قبل قدوم فلان بشهر أو قبل موت فلان بشهر ولا شك انه لا يعتق قبل وجود الوقت الموصوف حتى لو وجد شيء من هذه الحوادث قبل تمام الشهر لا يعتق لانه أضاف العتق الى الوقت الموصوف فلا يثبت قبله ويشترط تمام الشهر وقت التكلم وان كان العبد في ملكه قبل ذلك بشهور بل بسنين لان اضافة العتق الى وقت ايجاب العتق فيه غير ايجاب العتق في الزمان الماضي وايجاب العتق في الزمان الماضي لا يتصور فلا يحمل كلام العاقل عليه ولا شك ان العتق ثبت عند وجود هذه الحوادث لتمام الشهر واختلف في كيفية ثبوته فقال زفر يثبت من أول الشهر بطريق الظهور وقال أبو يوسف ومحمد يثبت مقتصرا على حال وجود الحوادث وأبو حنيفة فرق بين القدوم والدخول وبين الموت فقال في القدوم والدخول كما قالا وفي الموت كما قال زفر حتى لو كان المملوك أمة فولدت في وسط الشهر يعتق الولد في قول أبي حنيفة وزفر وعندهما لا يعتق وجه قول زفر انه أوقع العتق في وقت موصوف بكونه متقدما على هذه الحوادث بشهر فاذا وجدت بعد شهر متصلة به علم ان الشهر من أوله كان موصوفا بالتقدم عليها لا محالة فتبين ان العتق كان واقعا في أول الشهر كما اذا قال أنت حر قبل رمضان بشهر ولا فرق سوى ان هنالك يحكم بالعتق من أول هلال شعبان ولا يتوقف على مجيء شهر رمضان وههنا لا يحكم بالعتق من أول الشهر لان ثمة رمضان يتصل بشعبان لا محالة وههنا وجود هذه الحوادث يحتمل ان يتصل بهذا الشهر ويحتمل أن لا يتصل لجواز انها لا توجد أصلا فاما في ثبوت العتق في المسئلتين من ابتداء الشهر فلا يختلفان ولهذا قال أبو حنيفة ثبوت العتق بطريق الظهور في الموت وجه قولهما ان هذا في الحقيقة تعليق العتق بهذه الحوادث لانه أوقع العتق في شهر متصف بالتقدم على هذه الحوادث ولا يتصف بالتقدم عليها الا باتصالها به ولا تتصل به الا بعد وجودها فكان ثبوت العتق على هذا التدريج متعلقا بوجود هذه الحوادث فيقتصر على حال وجودها ولهذا قال أبو حنيفة هكذا في الدخول والقدوم كذا في الموت بخلاف شعبان لان اتصاف شعبان بكونه متقدما على رمضان لا يقف على مجيء رمضان ووجه الفرق لابي حنيفة بين الدخول والقدوم وبين الموت ان في مسئلة القدوم والدخول بعد ما مضى شهر من وقت التكلم يبقى الشهر الذي أضيف اليه العتق هو موهوم الوجود قد يوجد وقد لا يوجد لان قدوم فلان موهوم الوجود قد يوجد وقد لا يوجد فان وجد يوجد هذا الشهر والا فلا لما ذكرنا ان هذا الشهر لا وجود له بدون الاتصاف ولا اتصاف بدون الاتصال ولا اتصال بدون القدوم اذ الاتصال انما يتصور بين موجودين لا بين موجود ومعدوم فصار العتق وان كان مضافا الى الشهر متعلقا بوجود القدوم فكان هذا تعليقا ضرورة فيقتصر الحكم المتعلق به على حال وجود الشرط كما في سائر التعليقات فاما في مسئلة الموت فبعد ما مضى شهر من زمن الكلام لم يبق ذات الشهر الذي أضيف اليه العتق موهوم الوجود بل هو كائن لا محالة لان الموت كائن لا محالة فصار هذا الشهر متحقق الوجود بلا شك بخلاف الشهر المتقدم على الدخول والقدوم غير انه مجهول الذات فلا يحكم بالعتق قبل وجود الموت واذا وجد فقد وجد المعرف للشهر بخلاف الشهر

المتقدم على شهر رمضان فانه معلوم الذات لانه كما وجد شعبان علم انه موصوف بالتقدم على رمضان وههنا بخلافه وبخلاف القدوم والدخول فان بعد مضى شهر من وقت الكلام بقى ذات الشهر الذى أضيف اليه العتق موهوم الوجود فلم يكن القدوم معرفا للشهر بل كان محصلا للشهر الموصوف بهذه الصفة بحيث لولا وجوده لما وجد هذا الشهر البتة فكان الموت مظهرا معينا للشهر فيظهر من الاصل من حين وجوده ثم اختلف مشايخنا فى كيفية الظهور على مذهب أبى حنيفة قال بعضهم هو ظهور محض فتبين ان العتق كان واقعا من أول الشهر من غير اعتبار حالة الموت وهو ان يعتبر الوقوع أولا ثم يسرى الى أول الشهر لان الاصل اعتبار التصرف على الوجه الذى أثبته المتصرف والمتصرف أضاف العتق الى أول الشهر المتقدم على الموت فيقع فى أول الشهر لا فى آخره فكان وقت وقوع الطلاق أول الشهر فيظهر ان العتق وقع من ذلك الوقت كما اذا قال ان كان فلان فى الدار فعبده حر فمضت مدة ثم علم انه كان فى الدار يوم التكلم يقع العتق من وقت التكلم لا من وقت الظهور وهؤلاء قالوا لو كان مكان العتاق طلاق ثلاث فالعدة تعتبر من أول الشهر فى قول أبى حنيفة حتى لو حاضت فى الشهر حيضتين ثم مات فلان كانت الحيضتان محسوبتين من العدة ولو كان قال أنت طالق قبل موت فلان بشهرين أو ثلاثة أشهر ثم مات فلان لتمام المدة أو كانت المرأة رأت ثلاثة حيض فى المدة تبين عند موته ان الطلاق كان واقعا وان العدة قد انقضت كما لو قال ان كان زيد فى الدار فامرأتى طالق ثم علم بعد ما حاضت المرأة ثلاثة حيض انه كان فى الدار يوم التكلم به تبين انها قد طلقت من ذلك الوقت وانها منقضية العدة كذا هذا وكذلك لو قال ان كان حمل فلانة غلاما فانت طالق فولدت غلاما يقع الطلاق على طريق التبيين كذا هذا والذى يؤيد ما قلنا ان رجلا لو قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات طلقت الثانية على وجه التبيين المحض عند أبى حنيفة وان كان لا يحكم بطلاقها ما لم يمت كذا ههنا وقالوا لو خالعها فى وسط الشهر ثم مات فلان لتمام الشهر فالخلع باطل ويؤمر الزوج برد بدل الخلع سواء كانت عند الموت معتدة أو منقضية العدة أو كانت ممن لا عدة عليها بان كانت غير مدخول بها وهؤلاء طعنوا فيما ذكر محمد فى الكتاب لتخريج قول أبى حنيفة انه ان مات فلان وهى فى العدة يحكم ببطلان الخلع ويؤمر الزوج برد بدل الخلع وان كانت غير معتدة وقت موت فلان بان كان بعد الخلع قبل موت فلان أسقطت سقطا أو كانت غير مدخول بها لا يبطل الخلع ولا يؤمر الزوج برد بدل الخلع وقالوا هذا التخريج لا يستقيم على قول أبى حنيفة لان هذا ظهور محض فتبين عند وجود الجزء الاخير ان هذا الشهر من ابتداء وجوده موصوف بالتقدم فتبين ان الطلقات الثلاث كانت واقعة من ذلك الوقت سواء كانت معتدة أو غير معتدة كما لو قال ان كان فلان فى الدار فامرأته طالق ثم خالعها ثم تبين انه كان يوم الحلف فى الدار انه يتبين ان الخلع كان باطلا على الاطلاق سواء كانت معتدة أو لم تكن كذا ههنا والفقه ان وقت الموت اذا لم يكن وقت وقوع الطلاق لا يعتبر فيه قيام الملك والعدة وعامة مشايخنا قالوا ان العتق أو الطلاق يقع وقت الموت ثم يستند الى أول الشهر الا انه يظهر انه كان واقعا من أول الشهر ووجهه مما لا يمكن الوصول اليه الا بمقدمة وهى ان ما كان الدليل على وجوده قائما يجعل موجودا فى حق الاحكام لان اقامة الدليل مقام المدلول أصل فى الشرع والعقل ألا ترى ان الخطاب يدور مع دليل القدرة وسببها دون حقيقة القدرة ومع دليل العلم وسببه دون حقيقة العلم حتى لا يعذر الجاهل بالله عز وجل لقيام الآيات الدالة على وجود الصانع ولا بالشرائع عند امكان الوصول الى معرفتها بدليلها ثم الدليل وان خفى بحيث يتعذر الوصول اليه يكتفى به اذا كان ممكن الحصول فى الجملة اذ الدلائل تتفاوت فى نفسها فى الجلاء والخفاء والمستدلون أيضا يتفاوتون فى الغباوة والذكاء فالشرع أسقط اعتبار هذا التفاوت فكانت العبرة لاصل الامكان فى هذا الباب وأما ما كان الدليل فى حقه منعدما فهو فى حق الاحكام ملحق بالعدم واذا عرف هذا فنقول الشهر الذى يموت فلان فى آخره فان اتصف بالتقدم من وقت وجوده لكن كان دليل اتصافه منعدما أصلا فلم يكن لهذا الاتصاف عدة ويبقى ملك النكاح الى آخر جزء من أجزاء الشهر فيعلم

كونه متقدما على موته ومن ضرورة اتصاف هذا الجزء بالتقدم اتصاف جميع الاجزاء المتقدمه عليه الى تمام الشهر ولا يظهر ان دليل الاتصاف كان موجودا في أول الشهر اذ الدليل هو آخر جزء من أجزاء الشهر ووجود الجزء الاخير من الشهر مقارنا لاول الشهر محال فلم يكن دليل اتصاف الشهر بكونه متقدما موجودا فلم يعتبر هذا الاتصاف فبقى ملك النكاح الى وقت وجود الجزء الاخير فيحكم في هذا الجزء بكونها طالقا ومن ضرورة كونها طالقا في هذا الجزء ثبوت الانطلاق من الاصل لانها تكون طالقا بذلك الطلاق المضاف الى أول الشهر الموصوف بالتقدم على الموت فلاجل هذه الضرورة حكم بالطلاق من أول الشهر لكن بعد ما كان النكاح الى هذا الوقت قائما لعدم دليل الاتصاف بالتقدم على ما بينا ثم لما حكم بكونها طالقا للحال وثبت الانطلاق فيما مضى من أول الشهر ضرورة جعل كان الطلاق يقع للحال ثم بعد وقوعه يسرى الى أول الشهر هكذا يوجب ضرورة ما بينا من الدليل واذا جعل هكذا يخرج عليه المسائل أما العدة فانها تجب في آخر جزء من أجزاء حياة فلان الميت لانها مما يحتاط في ايجابها فوجبت للحال وجعل كان الطلاق وقع للحال وأما الخلع فان كانت العدة باقية وقت الموت لم يصح وان كانت منقضية العدة صح لانها اذا كانت باقية كان النكاح باقيا من وجه ويحكم ببقائه الى هذه الحالة لضرورة عدم الدليل ثم يحكم للحال بكونها طالقا بذلك الطلاق المضاف وسرى واستند الى أول الشهر علم انه خالعها وهي بائنة عنه فلم يصح الخلع ويؤمر الزوج برد بدل الخلع واذا كانت منقضية العدة وقت الموت فالنكاح الذى كان يبقى الى آخر جزء من أجزاء حياته لضرورة عدم الدليل لا يبقى لارتفاعه بالخلع فبقى النكاح الى وقت الخلع ولم يظهر انه كان مرتفعا عند الخلع فحكم بصحة الخلع ولا يؤمر الزوج برد بدل الخلع بخلاف ما اذا قال ان كان زيد في الدار لان دليل الوقوف على كون زيد في الدار موجود حالة التكلم فانعقد الطلاق تنجيزا لو كان هو في الدار لان التعليق بالموجود تحقيق وبخلاف ما اذا قال ان كان حمل فلانة غلاما لان الولد في البطن يمكن الوقوف في الجملة على صفة الذكورة والانوثة فانه ما من ساعة الا ويجوز ان يسقط الحمل فانعقد الطلاق تنجيزا ثم علمنا بعد ذلك وبخلاف ما اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات انه يقع الطلاق على الثانية من طريق التبيين لان هناك لما تزوج الثانية اتصفت بكونها آخر الوجود حد الآخر وهو الفرد اللاحق وهي فرد وهي لاحقة ألا ترى انه يقول امرأتي الاولى وامرأتي الاخيرة الا انه لا يحكم بوقوع الطلاق للحال لاحتمال انه يتزوج بثالثة فتسلب صفة الآخرية عن الثانية فاذا مات قبل أن يتزوج بثالثة تقررت صفة الآخرية للثانية من الاصل فحكم بوقوع الطلاق من ذلك الوقت وههنا دليل اتصاف الشهر بالتقدم منعدم في أول الشهر وما لا دليل عليه يلحق بالعدم وهو هذا بخلاف ما اذا قال لامرأته ان لم أتزوج عليك فانت طالق ولم يتزوج حتى مات انه يقع الطلاق على امرأته مقتصرا على الحال لان هناك علق الطلاق صريحا بعدم التزوج والعدم يستوعب العمر ألا ترى انه لو تزوج في العمر مرة لا يوصف بعدم التزوج لان الوجود قد تحقق والعدم يقابل الوجود فلا يتحقق مع الوجود فيتم ثبوته عند الموت والمعلق بشرط ينزل عند تحقق الشرط بتمامه فوقع مقتصرا على حال وجود الشرط وأما هذا فليس بتعليق الطلاق بشرط بل هو اضافة الطلاق الى وقت موصوف بصفة فيتحقق الطلاق عند تحقق الصفة بدليله على التقدير الذى ذكرنا والله عز وجل الموفق ولو قال لامرأته أنت طالق قبل موتى بشهر أو قبل موتك بشهر فمات لتمام الشهر أو ماتت لا يقع الطلاق عندهما وعند أبي حنيفة يقع فهما فرقا بين الطلاق والعتاق فقالا العتاق يقع والطلاق لا يقع لان عندهما هذا تصرف تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والمعلق بالشرط ينزل بعد وجود الشرط والزوج بعد الموت ليس من أهل ايقاع الطلاق ولا المرأة بعد موتها محل لوقوع الطلاق عليها بخلاف العتق لانه يقع بعد الموت كما في التدبير والله عز وجل أعلم ولو قال لعبده أنت حر قبل موت فلان وفلان بشهر أو قبل قدوم فلان وفلان بشهر فان مات أحدهما أو قدم قبل مضى شهر لا يعتق أبدا لانه أضاف العتق الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما أو قدومهما ولم يوجد ولا يتصور

وجوده بعد ذلك لانه لو تم الشهر بعد موت أحدهما أو قدوم أحدهما كان موصوفا بالتقدم على موت أحدهما أو قدوم أحدهما وهو ما أضاف العتق الى هذا الشهر بل الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما أو قدومهما جميعا وهذا غير ذلك وان مضى شهر ثم مات أحدهما عتق العبد وان لم يمت الآخر بعد بخلاف ما اذا قال أنت حر قبل قدوم فلان وفلان بشهر ثم قدم أحدهما لتمام الشهر انه لا يعتق ما لم يقدم الآخر ووجه الفرق على ما بينا فيما تقدم وهو انه اذا مات أحدهما تحقق كون الشهر سابقا على موتهما واذا قدم أحدهما لم يتحقق كون الاول سابقا على قدومهما وانما يتحقق عند وجود قدومهما جميعا فكان القياس ان لا يعتق ما لم يموتا جميعا في لحظة واحدة بعد مضى شهر فكذا في القدوم وهو قول على الرازى لان العتق أضيف الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما أو قدومهما متصل بهما لانه أضاف العتق الى شهر متقدم على موتهما أو قدومهما ومن ضرورة ذلك وجود موتهما أو قدومهما جميعا وعند ثبوت التراخى فيما بين الموتين أو القدومين يكون العتق واقعا قبل موت أحدهما أو قدوم أحدهما بشهر وقبل موت الآخر أو قدوم الآخر بشهر وانه خلاف ما أضاف فلا يقع بخلاف ما اذا قال أنت حر قبل يوم الفطر والاضحى بشهر حيث يعتق كما أهل هلال رمضان لان وجود وقت متصف بالتقدم عليهما بشهر مستحيل والعاقل لا يقصد بكلامه المستحيل فعلم انه أراد به اضافة العتق الى وقت موصوف بالتقدم على أحد اليومين بشهر وعلى الآخر بمدة غير مقدرة وفيما نحن فيه لا استحالة فيراعى عين ما أضاف اليه وجوب الاستحالة عن هذا ان الاصل في أحكام الشرع ان المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة وقدوم شخص في جزء لا يتجزأ من الزمان بحيث لا يتقدم أحدهما على صاحبه مستحيل عادة وكذا موت شخصين على هذا الوجه والجواب في المستحيل حقيقة وهو مسئلة الفطر والاضحى هكذا فكذا في المستحيل عادة وكذا لو قال أنت حر قبل قدوم فلان وموت فلان بشهر فان مات أحدهما أو قدم أحدهما قبل مضى الشهر لا يعتق أبدا لما قلنا وان مات أحدهما لتمام الشهر لا يعتق حتى يقدم الآخر وان قدم أحدهما بعد مضى الشهر عتق ولا ينتظر موت الآخر الا انه لا يستدل لما ذكرنا ان الموت كائن لا محالة والقدوم موهوم الوجود ولو قال أنت حر الساعة ان كان في علم الله عز وجل ان فلانا يقدم الى شهر فهذا وقوله قبل قدوم فلان بشهر سواء لانه لا يراد بهذا علم الله تعالى الازلى القائم بذاته عز وجل وانما يراد به ظهور هذا القدوم المعلوم لنا وقد يظهر لنا وقد لا يظهر فكان شرطا فيقتصر العتق على حالة وجود الشرط كما في سائر التعليقات بشروطها والله عز وجل أعلم ولو قال أنت حر بعد موتى بشهر فكاتبه في نصف الشهر ثم مات لتمام الشهر فان كان استوفى بدل الكتابة ثم مات لتمام الشهر كان العتق حاصلا بجهة الكتابة وان كان لم يستوف بعد بدل الكتابة عتق بالاعتاق السابق وسقط اعتبار الكتابة عند أبى حنيفة وهذا يدل على ان العتق يثبت بطريق الاستناد عنده وقال أبو القاسم الصفار انه تبطل الكتابة من الاصل سواء كان استوفى بدل الكتابة أو لم يستوف وهو قياس قول من يقول بثبوت العتق من طريق الظهور المحض لانه تبين ان العتق يثبت من أول الشهر فيتبين ان الكتابة لم تصح وقد ذكرنا تصحيح ما ذكر في الكتاب وهو العتق بطريق الاستناد فيما تقدم فلا نعيده وعندهما ان استوفى بدل الكتابة فالامر ماض لان العتق عندهما يثبت مقتصرا على حال الموت وهو حر في هذه الحالة لوصوله الى الحرية بسبب الكتابة عند أداء البدل وان كان لم يستوف بعد بدل الكتابة فان كان العبد يخرج من الثلث عتق من جميع المال وان لم يكن له مال غيره عتق ثلثه بالتدبير لانه مدبر مقيد لان عتقه علق بموت موصوف بصفة قد يوجد على تلك الصفة وقد لا يوجد ويسعى في الاقل من ثلثى قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبى يوسف وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثى بدل الكتابة ومن ثلثى قيمته وأصل المسئلة ان من دبر عبده ثم كاتبه ثم مات المولى ولا مال له غيره يعتق ثلثه مجانا بالتدبير ثم يسعى في الاقل من ثلثى قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد في الاقل من ثلثى قيمته ومن ثلثى بدل الكتابة فهذا على ذلك الا ان عند أبى حنيفة يخير بين ان يسعى في هذا وبين ان يسعى في ذلك وعندهما يسعى في الاقل

منها بدون التخيير ثم عند أبي حنيفة في مسئلة الكتابة يعتبر صحة المالك ومرضه في أول الشهر هكذا ذكر في النوادر لأنه يصير معتقا من ذلك الوقت وقيل هذا هو الحيلة لمن أراد أن يدبر عبده ويعتق من جميع المال وإن كان لا يخرج من الثلث بأن يقول أنت حر قبل موتي بشهر أو شهرين أو ثلاثة أشهر أو ما شاء من المدة ليعتق من ذلك الوقت وهو فيه صحيح فيعتق من جميع المال وعندهما كيفما كان يعتبر عتقه من الثلث لأنه يصير عندهما معتقا بعد الموت والله عز وجل المستعان وأما الإضافة إلى وقتين فالأصل فيه أن المضاف إلى وقتين ينزل عند أولهما والمعلق بشرطين ينزل عند آخرهما والمضاف إلى أحد الوقتين غير عين فينزل عند أحدهما والمعلق بأحد شرطين غير عين ينزل عند أولهما ولو جمع بين فعل ووقت يعتبر فيه الفعل وينزل عند وجوده في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه ينزل عند أولهما أيهما كان وبيان هذه الجملة إذا قال لعبده أنت حر اليوم وغدا يعتق في اليوم لأنه جعل الوقتين جميعا ظرفا للعتق فلو توقف وقوعه على أحدهما لكان الظرف واحد الوقتين لا كلاهما وإنه إيقاع تصرف العاقل لا على الوجه الذي أوقعه ولو قال أنت حر اليوم غدا أعتق في اليوم لأنه أضاف الإعتاق إلى اليوم ثم وصف اليوم بأنه غد وإنه محال ويبطل وصفه وبقيت الإضافة إلى اليوم ولو قال أنت حر غدا اليوم يعتق في الغد لأنه أضاف العتق إلى الغد ووصف الغد باليوم وهو محال فلم يصح وصفه وبقيت إضافته العتق إلى الغد فيعتق في الغد ولو قال أنت حر إن قدم فلان وفلان فلم يقدما جميعا لا يعتق لأنه علق عتقه بشرطين فلا ينزل إلا عند آخرهما إذ لو نزل عند أولهما لبطل التعليق بهما ولكان ذلك تعليقا بأحدهما وهو علق بهما جميعا لا بأحدهما ولو قال أنت حر اليوم أو غدا يعتق في الغد لأنه جعل أحد الوقتين ظرفا فلو عتق في اليوم لكان الوقتان جميعا ظرفا وهذا خلاف تصرفه ولو قال أنت حر إن قدم فلان أو غدا فإن قدم فلان قبل مجيء الغد عتق وإن جاء الغد قبل قدوم فلان لا يعتق ما لم يقدم في جواب ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف أن أيهما سبق مجيؤه يعتق عند مجيئه والأصل فيه أنه ذكر شرطا ووقتا في تصرف واحد ولا يمكن الجمع بينهما لما بين التعليق بشرط وبين الإضافة إلى وقت من التنافي فلا بد من اعتبار أحدهما وترجيحه على الآخر فأبو يوسف رجح جانب الشرط لأن الشرط لا يصلح ظرفا والظرف قد يصلح شرطا فكان الرجحان لجانب الشرط فاعتبره تعليقا بأحد الشرطين فينزل عند وجود أولهما أيهما كان كما إذا نص على ذلك ونحن رجحنا السابق منهما في اعتبار التعليق والإضافة فإن كان الفعل هو السابق يعتبر التصرف تعليقا واعتباره تعليقا يقتضي نزول العتق عند أول الشرطين كما إذا علقه بأحد شرطين نصا وإن كان الوقت هو السابق يعتبر إضافته واعتبارها يقتضي نزول العتق عند آخر الوقتين كما إذا أضاف إلى آخر الوقتين نصا والله عز وجل أعلم وأما الذي يرجع إلى نفس الركن فهو ما ذكرنا في الطلاق وهو أن يكون الركن عاريا عن الاستثناء رأسا كيفما كان الاستثناء وضعيا كان أو عرفيا عند عامة العلماء والكلام في الاستثناء في العتاق وبيان أنواعه وماهية كل نوع وشرائط صحته على نحو الكلام في باب الطلاق وقد ذكرنا ذلك كله في كتاب الطلاق ولا يختلفان إلا في شيء واحد وهو أنه يتصور استثناء بعض العدد في الطلاق ولا يتصور في العتاق لأن الطلاق ذو عدد فيتصور فيه استثناء بعض العدد والعتق لا عدد له فلا يتصور فيه استثناء بعض العدد وإنما يتصور استثناء بعض الجملة الملفوظة نحو أن يقول لعبيده أنتم أحرار إلا سالما لأن نص الاستثناء مع نص المستثنى منه تكلم بالباقي ولو استثنى عتق بعض العبد يصح عند أبي حنيفة ولا يصح عندهما بناء على أن العتق يتجزأ عنده فيكون استثناء البعض من الكل فيصح وعندهما لا يتجزأ فيكون استثناء الكل من الكل فلا يصح وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد فيمن قال غلاماي حران سالم وبزيع إلا بزيعا أن استثناءه جائز لأنه ذكر جملة ثم فصلها بقوله سالم وبزيع فانصرف الاستثناء إلى الجملة الملفوظ بها فكان استثناء البعض من الجملة الملفوظة فصح وليس كذلك ما إذا قال سالم حر وبزيع إلا سالما لأنه لما ذكر كل واحد منهما بانفراده كان هذا استثناء عن كل واحد منهما فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح ولو قال

أنت حر وحر ان شاء الله تعالى بطل الاستثناء فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الاستثناء جائز وجه قولهما ان هذا كلام واحد معطوف بعضه على بعض بحرف العطف فلا يقع به الفصل بين المستثنى والمستثنى منه كما لو قال أنت حر لله ان شاء الله تعالى ولابى حنيفة ان قوله حر وحر لغو لثبوت الحرية باللفظ الاول فكان فاصلا بمنزلة السكوت بخلاف قوله أنت حر لله ان شاء الله تعالى لان قوله لله تعالى ليس بلغو فلا يكون فاصلا وروى ابن سماعة فى نوادره عن محمد فى رجل له خمسة من الرقيق فقال عشرة من مماليكى الا واحدا أحرار انه يعتق الخمسة جميعا لانه لما قال عشرة من مماليكى أحرار الا واحدا فقد استثنى الواحد من العشرة والاستثناء تكلم بالباقى فصار كانه قال تسعة من مماليكى أحرار وله خمسة ولو قال ذلك عتقوا جميعا كذا هذا ولو قال مماليكى العشرة أحرار الا واحدا اعتق منهم أربعة لان هذا رجل ذكر مماليكه وغلط فى عددهم بقوله العشرة فيلغو هذا القول ويبقى قوله مماليكى أحرار الا واحدا ولو قال ذلك وله خمسة مماليك يعتق أربعة منهم كذا هذا والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة الاعتاق فهى ان الاعتاق هل يتجزأ أم لا وقد اختلف فيه قال أبو حنيفة يتجزأ سواء كان المعتق موسرا أو معسرا وقال أبو يوسف ومحمد لا يتجزأ كيفما كان المعتق وقال الشافعى ان كان معسرا يتجزأ وان كان موسرا لا يتجزأ والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم قال بعضهم فيمن أعتق نصف عبد بينه وبين غيره انه يعتق نصفه ويبقى الباقى رقيقا يجب تخريجه الى العتاق وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وقال بعضهم يعتق كله وليس للشريك الا الضمان وقال على وابن عباس رضى الله عنهما عتق ما عتق ورق ما رق هما احتجا بالنص والمعقول والاحكام أما النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق شقصا له من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك وهذا نص على عدم التجزى وفى رواية من أعتق شركا له فى عبد فقد عتق كله ليس لله فيه شريك وأما المعقول فهو ان العتق فى العرف اسم لقوة حكمية دافعة يد الاستيلاء والرق اسم لضعف حكمى يصير به الآدمى محلا للتملك فيعتبر الحكمى بالحقيقى وثبوت القوة الحقيقية والضعف الحقيقى فى النصف شائعا مستحيل فكذا الحكمى ولان للعتق آثارا من المالكية والولاية والشهادة والارث ونحوها وثبوت هذه الآثار لا يحتمل التجزى ولهذا لم يتجزأ فى حال الثبوت حتى لا يضرب الامام الرق فى انصاف السبايا ويمن عليهم بالانصاف كذا فى حالة البقاء وأما الاحكام فان اعتاق النصف قد تعدى الى النصف الباقى فى الاحكام حتى امتنع جواز التصرفات الناقلة للملك فيه من البيع والهبة والصدقة والوصية عند أصحابنا وكذا يجب تخريجه الى عتق الكل بالضمان أو بالسعاية حتى يجبره القاضى على ذلك وهذا من آثار عدم التجزى وكذا الاستيلاد لا يتجزأ حتى لو استولد جارية بينه وبين شريكه وادعاه تصير كلها أم ولد له بالضمان ومعلوم ان الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقة الحرية فالحق اذا لم يتجزأ فالحقيقة أولى وكذا لو عتق نصف أم ولده أو أم ولد بينه وبين شريكه عتق كلها واذا لم يكن الاعتاق متجزئا لم يكن المحل فى حق العتق متجزئا واضافة التصرف الى بعض ما لا يتجزأ فى حقه يكون اضافة الى الكل كالطلاق والعفو عن القصاص والله أعلم ولابى حنيفة النصوص والمعقول والحكم أما النص فما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق نصيبا له من مملوك كلف عتق بقيته وان لم يكن عنده ما يعتقه فيه جاز ما صنع وروى كلف عتق ما بقى وروى وجب عليه أن يعتق ما بقى وذلك كله نص على التجزى لان تكليف عتق الباقى لا يتصور بعد ثبوت العتق فى كله وقوله صلى الله عليه وسلم جاز ما صنع اشارة الى عتق البعض اذ هو الذى صنعه لا غير وروى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أيضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق شركا له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا عتق ما عتق والحديث يدل على تعلق عتق الباقى بالضمان اذا كان المعتق موسرا وعلى عتق البعض ان كان معسرا فيدل على التجزى فى حالة اليسار والاعسار وروى عن أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه

قال

قال من كان له شقص في مملوك فأعتقه فعليه خلاصه من ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد في رقبته غير مشقوق عليه وفي رواية من أعتق شقصا له من مملوك فعليه أن يعتقه كله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه وأما المعقول فهو ان الاعتاق ان كان تصرفا في الملك والمالية بالازالة فالملك متجزئ وكذا المالية بلا شك حتى تجري فيه سهام الورثة ويكون مشتركا بين جماعة كثيرة من الغانمين وغيرهم وان كان تصرفا في الرق فالرق متجزئ أيضا لان محله متجزئ وهو العبد واذا كان محله متجزئا كان هو متجزئا ضرورة وأما حكم الاثنين اذا أعتقا عبدا مشتركا بينهما كان الولاء بينهما نصفين والولاء من أحكام العتق فدل تجزؤه على تجزي العتق وأما الحديث فقد قيل انه غير مرفوع بل هو موقوف على عمر رضي الله عنه وقد روي عنه خلافه فانه روي أنه قال في عبد بين صبي و بالغ أعتق البالغ نصيبه قال ينتظر بلوغ الصبي فاذا بلغ ان شاء أعتق وان شاء استسعى ولئن ثبت رفعه فتأويله من وجهين أحدهما ان معنى قوله عتق كله أي استحق عتق كله لانه يجب تخريج الباقي الى العتق لا محالة فيعتق الباقي لا محالة بالاستسعاء أو بالضمان وما كان مستحق الوجود يسمى باسم الكون والوجود قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون والثاني أنه يحتمل أن المراد منه عتق كله للحال و يحتمل ان المراد منه عتق كله عند الاستسعاء والضمان فنحمله على هذا عملا بالاحاديث كلها وأما قولهما ان العتق قوة حكمية فيعتبر بالقوة الحقيقية وثبوتها في البعض شائعا ممتنع فكذا الحكمية فنقول لم قلتم ان اعتبار الحكم بالحقيقة لازم أليس ان الملك عبارة عن القدرة الحكمية والقوة والقدرة سواء ثم الملك يثبت في النصف شائعا وهذا لان الامر الشرعي يعرف بدليل الشرع وهو النص والاستدلال لا بالحقائق وما ذكر من الآثار فليست من لوازم العتق ألا ترى أنه يتصور ثبوت العتق بدونها كما في الصبي والمجنون بل هي من الثمرات وفوات الثمرة لا يخل بالذات ثم انها من ثمرات حرية كل الشخص لا من ثمرات حرية البعض فان الولايات والشهادات شرعت قضاء حق العاجزين شكرا لنعمة القدرة وذلك عند كمال النعمة وهو أن ينقطع عنه حق المولى ليصل الى اقامة حقوق الغير وقولهما لا يتجزأ ثبوته كذا زواله من مشايخنا من منع وقال ان الامام اذا ظهر على جماعة من الكفرة وضرب الرق على أنصافهم ومن على الانصاف جاز ويكون حكمهم حكم معتق البعض في حالة البقاء ثم ان سلمنا فالرق متجزئ في نفسه حالة الثبوت لكنه تكامل لتكامل سببه وهو الاستيلاء اذ لا يتصور وروده على بعض المحل دون بعض وفي حالة البقاء وجود سبب زواله كاملا وقاصرا فيثبت كاملا وقاصرا على حسب السبب وأما التخريج الى الاعتاق وامتناع جواز التصرفات فليس لعدم التجزي بل لمعنى آخر نذكره ان شاء الله تعالى وأما الاستيلاد فممنوع أنه لا يتجزأ بل هو متجزئ فان الامة المشتركة بين اثنين اذا جاءت بولد فادعياه جميعا صارت أم ولد لهما الا أنه اذا ادعى أحدهما صارت كلها أم ولد له لوجود سبب التكامل وهو نسبة كل أم الولد اليه بواسطة الولد على ما نذكره في كتاب الاستيلاد وما من متجزئ الا وله حال الكمال اذا وجد السبب بكمال يتكامل واذا وجد قاصرا لا يتكامل بل يثبت بقدره وفي مسئلتنا وجد قاصرا فلم يتكامل وكذا اعتاق أم الولد متجزئ والثابت له عتق النصف وانما يثبت له العتق في النصف الباقي لا باعتاقه بل لعدم الفائدة في بقاء نصيب الشريك كما في الطلاق والعفو عن القصاص على ما عرف في مسائل الخلاف والله أعلم

واذا عرف هذا الاصل يبنى عليه مسائل عبد بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه يعتق نصيبه لا غير عند أبي حنيفة لان الاعتاق عنده متجزئ واعتاق البعض لا يوجب اعتاق الكل بل يعتق بقدر ما أعتق و يبقى الباقي رقيقا وللشريك الساكت خمس خيارات ان شاء أعتق نصيبه وان شاء دبره وان شاء كاتبه وان شاء استسعاه معسرا كان المعتق أو موسرا و يسعى وهو رقيق وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وليس له خيار الترك على حاله لانه لا سبيل الى الانتفاع به مع ثبوت الحرية في جزء منه وترك المال من غير انتفاع أحد به سيب له وأنه حرام فلا بد من تخريجه الى العتق وله الخيار في ذلك من الوجوه التي وصفنا أما خيار الاعتاق والتدبير والكتابة فلان نصيبه باق

على ملكه وأنه يحتمل لهذه التصرفات كما في حال الابتداء وأما خيار السعاية فلان نصيبه صار محتبسا عند العبد لحقه لثبوت العتق له في نصفه فيصير مضمونا عليه كما اذا انصبغ ثوب انسان بصبغ غيره من غير صنع أحد فاختار صاحب الثوب الثوب انه يجب عليه ضمان الصبغ لصيرورة الصبغ محتبسا عنده لقيامه بثوب مملوك له لا يمكنه التمييز كذا ههنا ولان في السعاية سلامة نفسه ورقبته له وان لم تصر رقبته مملوكة له ويجوز ايجاب الضمان بمقابلة سلامة الرقبة من غير تملك كالمكاتب وشراء العبد نفسه من مولاه ولان منفعة الاعتاق حصلت فكان عليه ضمانه لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ثم خيار السعاية مذهبنا وقال الشافعي لا أعرف السعاية في الشريعة والوجه لقوله ان ضمان السعاية اما أن يكون ضمان اتلاف واما أن يكون ضمان تملك ولا اتلاف من العبد بوجه اذ لا صنع له في الاعتاق رأسا ولا ملك يحصل للعبد في نفسه بالضمان ولان المولى لا يجب له على عبده دين لما فيه من الاستحالة وهي كون الشيء الواحد واجبا عليه وله ولان العبد معسر والضمان في هذا الباب لا يجب على المعسر ألا ترى أنه لا يجب على المعتق اذا كان معسرا مع وجود الاعتاق منه فالعبد أولى ولنا ما روينا من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وروى محمد ابن الحسن عن أبي يوسف عن الحجاج بن أرطاة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق عبدا بينه وبين شريكه يقوم نصيب شريكه قيمة عدل فان كان موسرا ضمن نصيب شريكه وان كان معسرا سعى العبد غير مشقوق عليه فدل ان القول بالسعاية لازم في الجملة عرفها الشافعي أو لم يعرفها وكذا ما ذكرنا من المعاني وبه يتبين ان ضمان السعاية ليس ضمان اتلاف ولا ضمان تملك بل هو ضمان احتباس وضمان سلامة النفس والرقبة وحصول المنفعة لان كل ذلك من أسباب الضمان على ما بينا وقوله لا يجب للمولى على عبده دين قلنا وقد يجب كالمكاتب والمستسعى في حكم المكاتب عنده الى أن يؤدي السعاية الى الشريك الساكت اذا اختار السعاية أو الى المعتق اذا ضمنه الشريك الساكت لانه يسعى لتخليص رقبته عن الرق كالمكاتب وتثبت فيه جميع أحكام المكاتب من الارث والشهادة والنكاح فلا يرث ولا يورث ولا يشهد ولا يتزوج الا اثنتين لا يفترقان الا في وجه واحد وهو أن المكاتب اذا عجز يرد في الرق والمستسعى لا يرد في الرق اذا عجز لان الموجب للسعاية موجود قبل العجز وبعده وهو ثبوت الحرية في جزء منه ولان رده في الرق ههنا لا يفيد لانا لو رددناه الى الرق لاحتجنا الى أن نجبره على السعاية عليه ثانيا فلا يفيد الرق فان قيل بدل الكتابة لا يلزم العبد الا برضاه والسعاية تلزمه من غير رضاه فأنى يستويان فالجواب انه انما كان كذلك لان بدل الكتابة يجب بحقيقة العقد اذ المكاتبة معاوضة من وجه فافتقرت الى التراضي والسعاية لا تجب بعقد الكتابة حقيقة بل بكتابة حكمية ثابتة بمقتضى اختيار السعاية فلا يقف وجوبها على الرضا لان الرضا انما شرط في الكتابة المبتدأة لانه يجوز أن يرضى بها العبد ويجوز أن لا يرضى بها ويختار البقاء على الرق فوقفت على الرضا وههنا لا سبيل الى استبقائه على الرق شرعا اذ لا يجوز ذلك فلم يشرط رضاه للزوم السعاية ثم اختلف أصحابنا فقال أبو حنيفة هذا الخيار يثبت للشريك الذي لم يعتق سواء كان المعتق معسرا أو موسرا وقال أبو يوسف ومحمد لا يثبت الا اذا كان معسرا لان الاعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما كان المعتق متلفا نصيب الشريك فوجب عليه الضمان ووجوب الضمان يمنع وجوب السعاية فكان ينبغي أن لا يجب حال الاعسار أيضا وأن لا يكون الواجب الا الضمان في الحالين جميعا وهو قول بشر بن غياث المريسي وهو القياس لان ضمان الاتلاف لا يختلف بالاعسار واليسار الا أنا عرفنا وجوبها على خلاف القياس بالنص الذي روينا والنص وردفها في حال الاعسار فحال اليسار يقف على أصل القياس ولما كان متجزئا عنده لم يكن الاعتاق اتلافا لنصيب الشريك حتى يوجب ضمان الاتلاف لكن بقي نصيبه محتبسا عند العبد بحقه بحيث لا يمكن استخلاصه منه وهذا يوجب الضمان على ما بينا وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين حال اليسار وبين حال الاعسار فيثبت خيار السعاية في الحالين واذا عتق بالاعتاق أو بالسعاية أو ببدل الكتابة فالولاء بينهما لان الولاء للمعتق والاعتاق حصل منهما وأما خيار التضمين حال يسار

المعتق

المعتق فأمر ثبت شرعا غير معقول المعنى بالاحاديث التى رويناها لان الاعتاق اذا كان متجزئا عنده كان المعتق متصرفا في ملك نفسه على طريق الاقتصار ومن تصرف فى ملك نفسه لا يؤاخذ بما حدث فى ملك غيره عند تصرفه لا بتصرفه كمن أحرق دار نفسه فاحترقت دار جاره أو اسقى أرض نفسه فنزت أرض جاره أوحفر بئرا فى دار نفسه فوقع فيها انسان ونحو ذلك الا أن وجوب الضمان حالة اليسار ثبت بالنصوص تعبدا غير معقول فتبقى حالة الاعسار على أصل القياس أو ثبت معقولا بمعنى النظر للشريك كى لا يتلف ماله بمقابلة مال فى ذمة المفلس من غير صنع من المعتق فى نصيب شريكه فصلح أن يكون موجبا للضمان ومن غير أن يكون فى مقابلته عوض فيكون ضمان صلة وتبرع كنفقة المحارم وضمان الصلة والتبرع انما يجب حالة اليسار كما فى نفقة الاقارب أو وجب نظرا للعبد لانه تبرع عليه باعتاق نصفه فلم يتم غرضه فى ايصال ثمرات العتق الى العبد فوجب عليه الضمان تتميما لغرضه فيختص وجوبه بحالة اليسار ومن مشايخنا من سلك طريقة أخرى لابى حنيفة فى ضمان العتق فقال هذا ضمان افساد عنده لان المعتق باعتاقه نصيبه أفسد نصيب شريكه حيث أخرجه من أن يكون منتفعا به فى حقه حتى لا يملك فيه سائر التصرفات المزيلة للملك عقيب فعله وانما يملك الاعتاق والسعاية والحكم متى ثبت عقيب وصف مؤثر يضاف اليه الا أنه لا يجب على المعسر نصا بخلاف القياس ومنهم من قال هو ضمان تملك لانه بوجوب الضمان على المعتق يصير نصيب شريكه ملكا له حتى كان له أن يعتق نصيبه مجانا بغير عوض وان شاء استسعى العبد وهذا تفسير ضمان التملك أن يكون بمقابلة الضمان ملك العوض وهذا كذلك ولهذا كان ضمان الغصب ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعى وجود الاتلاف كضمان الغصب فان قيل كيف يكون ضمان التملك والمضمون وهو نصيب الشريك لا يحتمل النقل من ملك الى ملك قيل يحتمل النقل الى ملك المعتق بالضمان ان كان لا يحتمل النقل الى ملك غيره ويجوز بيعه منه أيضا فى القياس هكذا ذكر فى الاصل وقال ان باع الذى لم يعتق نصيبه من المعتق أو وهبه له على عوض أخذه منه وهذا واختياره الضمان سواء فى القياس غير أن هذا أفحشهما والبيع هو نقل الملك بعوض الا أن فى الاستحسان لا يجوز بيعه من المعتق كما لا يجوز من غيره لكن هذا لا ينفى جواز النقل لا على وجه البيع فان الشئ قد يحتمل النقل الى انسان بالضمان وان كان لا يحتمله بجهة البيع فان الخمر تنتقل الى المسلم بالضمان بأن أتلف على ذمى خمره وان كانت لا تنتقل اليه بالبيع على أن قبول المحل لانتقال الملك فيه بشرط حال انعقاد السبب لا حال أداء الضمان لانه لا يملكه من ذلك الوقت فيراعى قبول المحل فى ذلك الوقت ألا ترى أن من غصب من آخر عبدا فهلك فى يده ثم أدى الضمان أنه يملكه ومعلوم ان الهالك لا يقبل الملك لكن لما كان قابلا وقت انعقاد السبب والملك يثبت من ذلك الوقت يعتبر قبول المحل فيه وكذا ههنا ثم اذا ضمن الذى أعتق فالمعتق بالخيار ان شاء أعتق ما بقى وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لما ذكرنا فى الشريك الذى لم يعتق لان نصيبه انتقل اليه فقام مقامه وبأى وجه عتق من الاعتاق أو السعاية فولاء العبد كله له لانه عتق كله على ملكه هذا اذا كان المعتق موسرا فأما ان كان معسرا فللشريك أربع خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لما ذكرنا وأما على قول أبى يوسف ومحمد فيعتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ فكان اعتاق بعضه اعتاقا لكله ولا خيار للشريك عندهما وانما له الضمان لا غير ان كان المعتق موسرا وان كان معسرا فله السعاية لا غير لما ذكرنا ان المعتق صار متلفا نصيب الشريك فكان ينبغى أن يكون الواجب هو الضمان فى حالة اليسار والاعسار الا أن وجوب السعاية حال الاعسار ثبت بخلاف القياس بالنص وأما على قول الشافعى ان كان المعتق موسرا اعتق كله وللشريك أن يضمنه لا غير كما قالا وان كان معسرا يعتق ما أعتق ويبقى الباقى محلا لجميع التصرفات المزيلة للملك من البيع والهبة وغير ذلك لان الاعتاق عنده لا يتجزأ فى حالة اليسار وفى حالة الاعسار يتجزأ لما ذكرنا من الدلائل لابى حنيفة فيقتصر حكم تصرف المعتق على نصيبه فيبقى نصيبه على ما كان من مشايخنا من قال لا خلاف بين أصحابنا فى أن العتق لا يتجزأ وانما اختلفوا فى الاعتاق وهذا غير سديد لان الاعتاق لما كان

متجزئا عند أبی حنیفة کان العتق متجزئا ضرورة اذ هو حکم الاعتاق والحکم یثبت علی وفق العلة ولما لم یکن متجزئا عندهما لم یکن الاعتاق متجزئا أیضا لما قلنا ولان القول بهذا قول بتخصیص العلة لانه یوجد الاعتاق فی النصف ویتأخر العتق فیه الی وقت الضمان أو السعایة وانه قول بوجود العلة ولا حکم وهو تفسیر تخصیص العلة وأنه باطل ولنا ان العتق وان ثبت فی نصیب المعتق علی طریق الاقتصار علیه لکن فی الاعتاق حق الله عز وجل وحق العبد بالاجماع وانما اختلفوا فی الرجحان فالقول بالتملیك ابطال الحقین وهذا لا یجوز وکذا فیه اضرار بالمعتق باهدار تصرفه من حیث الثمرة للحال واضرار بالعبد من حیث الحاق الذل به فی استعمال النصف الحر والضرر منفی شرعا فان قیل ان کان فی التملیك اضرار بالمعتق ففی المنع من التملیك اضرار بالشریك الساکت لما فیه من منعه من التصرف فی ملکه فوقع التعارض فالجواب انا لا نمنعه من التملیك أصلا ورأسا فان له ان یضمن المعتق ویستسعی العبد ویکاتبه وفی التضمین تملیکه من المعتق بالضمان وفی الاستسعاء والمکاتبة ازالة الملك الی عوض وهو السعایة وبدل الکتابة فکان فیما قلنا رعایة الجانبین فکان أولی فان اختار التدبیر فدبر نصیبه صار نصیبه مدبرا عند أبی حنیفة لان نصیبه باق علی ملکه فیحتمل التخریج الی العتق والتدبیر تخریج الی العتق الا أنه لا یجوز له أن یترکه علی حاله لیعتق بعد الموت بل یجب علیه السعایة للحال فیؤدی فیعتق لان تدبیره اختیار منه للسعایة. وله أن یعتق لان المدبر قابل للاعتاق ولیس له أن یضمن المعتق لان التضمین یقتضی تملك المضمون والمدبر لا یحتمل النقل من ملك الی ملك لان تدبیره اختیار منه للسعایة واختیار السعایة یسقط ولایة التضمین علی ما نذکر ان شاء الله تعالی وان اختار الکتابة فکاتب نصیبه یصیر نصیبه مکاتبا عند أبی حنیفة لما ذکرنا وکانت مکاتبته اختیارا منه للسعایة حتی لا یملك تضمین المعتق بعد ذلك ولان ملك المکاتب وهو مکاتب لا یحتمل النقل أیضا فتعذر التضمین ویملك اعتاقه لان الکتابة لا تمنع من الاعتاق ثم معتق البعض اذا کوتب فالامر لا یخلو اما ان کاتبه علی الدراهم والدنانیر واما ان کاتبه علی العروض واما ان کاتبه علی الحیوان فان کاتبه علی الدراهم والدنانیر فان کانت المکاتبة علی قدر قیمته جازت لانه قد ثبت له اختیار السعایة فاذا کاتبه علی ذلك فقد اختار السعایة وتراضیا علیها وان کاتبه علی أقل من قیمته یجوز أیضا لانه رضی باسقاط بعض حقه وله أن یرضی باسقاط الکل فهذا أولی وان کاتبه علی أکثر من قیمته فان کانت الزیادة مما یتغابن الناس فی مثلها جازت أیضا لانها لیست زیادة متحققة لدخولها تحت تقویم أحد المقومین وان کانت مما لا یتغابن الناس فی مثلها یطرح عنه الفضل لان مکاتبته اختیار للسعایة والسعایة من جنس الدراهم والدنانیر فلا یجوز أخذ الزیادة علی القدر المستحق لانه یکون ربا وان کانت المکاتبة علی العروض جازت بالقلیل والکثیر لان الثابت له علیه وهو السعایة من جنس الدراهم والدنانیر بالعروض جائز قلت العروض أو کثرت وان کانت علی الحیوان جازت لان الحیوان یثبت دینا فی الذمة عوضا عما لیس بمال ولهذا جاز ابتداء الکتابة علی حیوان ویجب الوسط کذا هذا ولو صالح الذی لم یعتق العبد أو المعتق علی مال فهذا لا یخلو عن الاقسام التی ذکرناها فی المکاتبة فان کان الصلح علی الدراهم والدنانیر علی نصف قیمته لا شك أنه جائز وکذا اذا کان علی أقل من نصف قیمته لانه یستحق نصف القیمة فاذا رضی بدونه فقد أسقط بعض حقه فیجوز وکذا ان کان علی أکثر من نصف قیمته مما یتغابن الناس فی مثله لما قلنا فأما اذا کان علی أکثر من نصف قیمته مما لا یتغابن الناس فی مثله فالفضل باطل فی قولهم جمیعا أما علی أصل أبی یوسف ومحمد فظاهر لان نصف القیمة قد وجب علی العبد أو علی المعتق والقیمة من الدراهم والدنانیر فالزیادة علی القدر المستحق تکون فضل مال لا یقابله عوض فی عقد المعاوضة فیکون ربا کمن کان له علی آخر ألف درهم فصالحه علی ألف وخمسمائة ان الصلح یکون باطلا کذا هذا وهذا علی أصلهما مطرد لان عندهما أن من أتلف علی آخر مالا مثل له أو غصب منه مالا مثل له فهلك فی یده فالثابت فی ذمته القیمة حتی لو صالح علی أکثر من قیمته لا یجوز عندهما فکذا ضمان العتق لانه ضمان اتلاف عندهما وأما عند أبی حنیفة فالصلح عن المتلف أو المغصوب علی

اضعاف

أضعاف قيمته جائز وههنا نقول لا يجوز فيحتاج الى الفرق بين المسئلتين والفرق له من وجوه أحدها ان الواجب بالاتلاف والغصب فيما لا مثل له من جنسه فى ذمة المتلف والغاصب هو المتلف لا قيمته فاذا صالح على أكثر من قيمة المتلف والمغصوب كان ذلك عوضاً عن المتلف فجاز وضمان العتق ليس بضمان اتلاف ولا ضمان غصب عنده لثبوت المتلف والمغصوب فى الذمة فكان الثابت فى الذمة هو القيمة وهى دراهم ودنانير فلا يجوز الصلح على أكثر منها والثانى ان الغاصب انما يملك المغصوب عند اختيار الضمان لا قبله بدليل ان له أن لا يضمنه ليهلك على ملكه فيثاب على ذلك ويخاصم الغاصب يوم القيامة فكان المغصوب قبل اختيار الضمان على ملك المغصوب منه فكان هذا صلحا عن العبد على هذا القدر من المالين فكأنه ملكه منه به وأنه محتمل للملك فصح ومعتق البعض لا يحتمل التمليك مقصودا فكان الصلح عن قيمته فلا يجوز لما بينا والثالث ان الضمان فى باب الغصب يجب وقت الغصب لانه هو السبب الموجب للضمان فيثبت الملك الى الغاصب فى المغصوب فى ذلك الوقت وانه فى ذلك الوقت قابل للتمليك فيصح الصلح على القليل والكثير والضمان فى باب العتق يجب وقت الاعتاق والعبد فى ذلك الوقت لا يحتمل التمليك مقصودا فالصلح لا يقع عن العبد وانما يقع عن قيمته فلا تجوز الزيادة من قيمته وان كان الصلح على عرض جاز بالقليل والكثير لان ذلك بيع العرض بالدراهم والدنانير وذلك جائز كيفما كان وان صالحه على شئ من الحيوان كالعبد والفرس ونحوهما فان صالح العبد جاز وعليه الوسط وان صالح المعتق لم يجز لان فى الفصل الاول جعل الحيوان بدلا عن العتق وأنه ليس بمال والحيوان يثبت دينا فى الذمة بدلا عما ليس بمال كالاعتاق على مال والكتابة والنكاح والصلح عن دم العمد ولان الصلح مع العبد فى معنى مكاتبته وان كاتبه على عبد مطلق أو فرس يصح ويجب الوسط كذا هذا وأما فى الفصل الثانى فانما جعل الحيوان بدلا عن القيمة وانها مال والحيوان لا يثبت دينا فى الذمة بدلا عن المال كالبيع ونحوه ولو كان شريك المعتق فى العبد صبيا أو مجنونا له أب أو جد أو وصى فوليه أو وصيه بالخيار ان شاء ضمن المعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء كاتبه وليس له أن يعتق أو يدبر لان التدبير اعتاق والصبى والمجنون لا يملكان الاعتاق فلا يملكه من يلى عليهما وانما ملك الاب والوصى الاستسعاء والتضمين لان الاستسعاء مكاتبة والاب والوصى يملكان مكاتبة عبد الصبى والمجنون والتضمين فيه نقل الملك الى المعتق فيشبه البيع وهما يملكان بيع مال الصبى والمجنون وكذلك لو كان الشريك مكاتبا أو مأذونا عليه دين أنه يتخير بين الضمان والسعاية والمكاتبة الا أنهما لا يملكان الاعتاق لانعدام ملك الرقبة أما ثبوت الخيار للمكاتب فلا شك فيه لانه أخص بالتصرف فيما فى يده من المولى وأما المأذون الذى عليه دين فكذلك لان المولى لا يملك ما فى يده على أصل أبى حنيفة فيكون الخيار للعبد وعلى أصلهما ان كان يملك لكن العبد أخص بالتصرف فيما فى يده من المولى فان لم يكن عليه دين فالخيار للمولى كما فى الجرية لانه اذا لم يكن عليه دين فهو وما فى يده ملك المولى فكان الخيار للمولى فان اختار الشريك السعاية ففى الصبى والمجنون الولاء لهما لانهما من أهل الولاء لكونهما حرين وفى المكاتب والمأذون الولاء للمولى لكونهما رقيقين والولاء لا يثبت الا للحر وان لم يكن للصغير والمجنون ولى ولا وصى فان كان هنالك حاكم نصب الحاكم من يختار لهما أصلح الامور من التضمين والاستسعاء والمكاتبة وان لم يكن هنالك حاكم وقف الامر حتى يبلغ الصبى ويفيق المجنون فيستوفيان حقوقهما من الخيارات الخمس ثم اذا اختلف حكم اليسار والاعسار فى الضمان لا بد من معرفتهما. فاليسار هو أن يملك المعتق قدر قيمة ما بقى من العبد قلت أو كثرت والاعسار هو أن لا يملك هذا القدر لا ما يتعلق به حرمة الصدقة وحلها حتى لو ملك هذا القدر كان للشريك ولاية تضمينه والا فلا الى هذا وقعت الاشارة فيما روينا من حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان له شقص فى مملوك فأعتقه فعليه خلاصه من ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد فى رقبته غير مشقوق عليه اعتبر مطلق المال لا النصاب وأشار صلى الله عليه وسلم الى أن الواجب تخليص العبد وبهذا القدر يحصل التخليص وبدونه لا يحصل

ثم يسار المعتق واعساره يعتبر وقت الاعتاق حتى لو كان معسرا وقت الاعتاق لا يضمن وان أيسر بعد ذلك لان ذلك
وقت وجوب الضمان فيعتبر ذلك الوقت كضمان الاتلاف والغصب ولو اختلفا في اليسار والاعسار فان كان
اختلافهما حال الاعتاق فالقول قول المعتق لان الاصل هو الفقر والغنا عارض فكان الظاهر شاهدا للمعتق والبينة
بينة الآخر لانها تثبت زيادة وان كان الاعتاق متقدما واختلفا فقال المعتق أعتقت عام الاول وأنا معسر ثم أيسرت
فيعتبر ذلك الوقت وقال الآخر بل أعتقته عام الاول وأنت موسر فالقول قول المعتق وعلى الشريك اقامة البينة لان
حالة اعتبار اليسار والاعسار شاهد للمعتق فيحكم الحال كما اذا اختلف صاحب الرحى والطحان في انقطاع الماء
وجريانه أنه يحكم الحال كذا ههنا وقد قال أبو يوسف في عبد بين رجلين قال أحدهما أحدكما حر وهو فقير ثم
استغنى ثم اختار أن يوقع العتق على أحدهما ضمن نصف قيمته يوم العتق وكذلك لو كان مات قبل أن يختار وقد
استغنى قبل موته ضمن ربع قيمة كل واحد منهما انما أنظر الى حاله يوم أوقع بمنزلة من كاتب نصيبه من العبد ثم أدى
العبد فيعتق ثم انما أنظر الى حال مولاه يوم عتق المكاتب ولا أنظر الى حاله يوم كاتب وهذا على أصله صحيح لان اضافة
العتق الى المجهول تعليق لعتق عبده بشرط الاختيار كانه علقه به نصا فيعتبر حاله يوم الاختيار لانه يوم العتق كما لو قال
لعبد مشترك بينه وبين غيره ان دخلت الدار فأنت حر فدخل انه يضمن نصف قيمته يوم دخل الدار لا يوم اليمين لان
يوم الدخول هو يوم العتق وأما على أصل محمد فاضافة العتق الى المجهول تنجيز وانما الاختيار تعيين لمن وقع عليه
العتق فيعتبر صفة العتق في يساره واعساره يوم التكلم بالعتق وكذا يعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الاعتاق
حتى لو علمت قيمته يوم أعتق ثم ازدادت أو انتقصت أو كاتب أمة فولدت لم يلتفت الى ذلك ويضمنه قيمته يوم
أعتقه لانه يوم وجوب الضمان فيعتبر قيمته يومئذ كما في الغصب والاتلاف وان لم يعلما ذلك واختلفا فجملة الكلام فيه
ان العبد لا يخلو اما أن يكون قائما وقت الخصومة واما أن يكون هالكا اتفقا على حال المعتق أو اختلفا فيها والاصل في
هذه الجملة ان الحال ان كانت تشهد لاحدهما فالقول قوله لان الحال شاهد صادق أصله مسئلة الطاحونة وان كانت
لا تشهد لاحدهما فالقول قول المعتق لانه منكر فان كان العبد قائما وقت الخصومة واتفقا على العتق في الحال واختلفا
في قيمته بأن قال المعتق قد أعتقته اليوم وقيمته كذا وقال شريكه نعم أعتقته اليوم الا أن قيمته أكثر من ذلك يرجع الى
قيمته للحال ولا يعتبر التحالف والبينة لان الحال أصدق وكذا لو اختلفا في حال العتق فقال المعتق أعتقته قبل هذا
وكانت قيمته كذا وقال الآخر أعتقته اليوم وقيمته أكثر وقال المعتق أعتقته اليوم وقيمته كذا وقال الآخر بل
أعتقته قبل ذلك وقيمته كانت أكثر رجع الى قيمته في الحال لان الحال اذا شهدت لاحدهما فالظاهر ان قيمته
كانت كذلك وقت الاعتاق اذ الاصل دوام الحال والتغير خلاف الاصل فكان الظاهر شاهدا له فأشبه اختلاف
صاحب الطاحونة مع الطحان في انقطاع الماء وجريانه أنه يحكم الحال فيه كذا هذا وان اتفقا على أن العتق كان
متقدما على زمان الخصومة لكن قال المعتق قيمته كانت كذا وقال الشريك بل كانت أكثر فههنا لا يمكن تحكيم
الحال بالرجوع الى قيمة العبد في الحال لانها تزيد وتنقص في المدة ويكون القول قول المعتق لان الشريك يدعي عليه
زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كالمتلف والغاصب وقالوا في الشفعة اذا احترق البناء واختلف الشفيع
والمشتري في قيمته وقيمة الارض ان المرجع الى قيمة الارض في الحال والقول قول المشتري في البناء لان الشفيع
يريد أن يتملك عليه الارض بالشفعة فلا يجوز أن يتملكها الا بقوله فأما المعتق فلا يريد أن يتملك على شريكه وانما
شريكه يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر وكذلك اذا كان العبد هالكا فالقول قول المعتق لما قلنا انه منكر للزيادة
والله عز وجل أعلم فان هلك العبد قبل أن يختار الشريك الذي لم يعتق شيأ هل له أن يضمن المعتق اذا كان موسرا
اختلفت الرواية فيه عن أبي حنيفة روى محمد عنه وهو رواية الحسن واحدى روايتي أبي يوسف ان له أن يضمن
المعتق وروى أبو يوسف رواية أخرى عنه أنه لا ضمان على المعتق وجه هذه الرواية ان تضمين المعتق ثبت نصا

بخلاف القياس لما بينا فيما تقدم ان الشريك بالاعتاق تصرف فى نصيب نفسه على وجه الاقتصار عليه لبقاء نصيب الشريك على ملكه و يده بعد الاعتاق الأن ولاية التضمين ثبتت شرعا بشريطة نقل ملك المضمون الى الضمان فاذا هلك لم يبق الملك فلا يتصور نقله فتبقى ولاية التضمين على أصل القياس وجه رواية محمد ان ولاية التضمين قد ثبتت بالاعتاق فلا تبطل بموت العبد كما اذا مات العبد المغصوب فى يد الغاصب وأما قوله ملك الشريك بهلاك العبد خرج عن احتمال النقل فنقول الضمان يستند الى وقت الاعتاق فيستند ملك المضمون الى ذلك الوقت كما فى باب الغصب وهو فى ذلك الوقت كان محتملا للنقل فأمكن ايجاب الضمان واذا ضمن المعتق يرجع المعتق بما ضمنه فى تركة العبد ان كان له تركة وان لم يكن فهو دين عليه لما ذكرنا من أصل أبى حنيفة ان نصيب الشريك يبقى على ملكه وله أن يضمن المعتق ان كان موسرا واذا ضمنه ملك المعتق نصيبه بالسبب السابق وهو الاعتاق وكان له أن يرجع بذلك فى تركة العبد كما كان له أن يأخذ منه لو كان حيا وان كان معسرا فله أن يرجع فى تركة العبد وان لم يترك شيأ فلا شىء للشريك لان حقه عليه وهو قد مات مفلسا هذا اذا مات العبد وأما اذا مات أحد الشريكين فان مات المعتق فلا يخلو اما أن يكون الاعتاق منه فى حال صحته واما أن يكون فى حال مرضه فان كان فى حال صحته يؤخذ نصف قيمة العبد من تركته بلا خلاف وان كان فى حال مرضه لم يضمن شيأ حتى لا يؤخذ من تركته وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف و محمد يستوفى الشريك من ماله قيمة نصيبه وهذا مبنى على الاصل الذى ذكرنا ان الاعتاق لا يتجزأ عندهما وعنده يتجزأ و وجه البناء على هذا الاصل ان الاعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما كان ضمان المعتق ضمان اتلاف وضمان الاتلاف لا يختلف بالصحة والمرض ولما كان متجزئا عنده كان المعتق متصرفا فى ملك نفسه على طريق الاقتصار ومثل هذا لا يوجب الضمان فى أصول الشرع ولهذا لو كان معسرا لا يجب الضمان ولو كان اعتاقه اتلافا أو افسادا لنصيب شريكه معنى لوجب الضمان لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار الا أنا عرفنا وجوب الضمان بالنص وانه ورد فى حال اليسار المطلق وذلك فى حالة الصحة لانها حال خلوص أمواله و فى مرض الموت يتعلق بها حق الورثة حتى لا يصح اقراره للورثة أصلا ولا يصح تبرعه على الاجنبى الا من الثلث ولا تصح كفالته ولا اعتاقه الا من الثلث فلم يكن حال المرض حال يسار مطلق ولا ملك مطلق فبقى الامر فيها على أصل القياس ولان ضمان العتق ضمان صلة وتبرع لوجوبه من غير صنع من جهة المعتق فى نصيب الشريك ألا ترى أنه لا يجب على المعسر والصلات اذا لم تكن مقبوضة تسقط بالموت كنفقة الاقارب والزكاة وغير ذلك والى هذا أشار محمد لابى حنيفة أنه لو وجب الضمان على المريض و يؤخذ من تركته يكون هذا من مال الوارث والمعنى فيه ان الشرع جعل الثلث للمريض فى حال مرض موته والثلثين للورثة قال النبى صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم وهكذا نقول فى حالة الصحة أنه يجب صلة ثم قد ينقلب معاوضة فى حالة البقاء فانه يثبت به الملك فى المضمون فى حق الاعتاق والاستسعاء كالهبة بشرط العوض أنه ينعقد صلة ثم ينقلب معاوضة وكذا الكفالة تنعقد تبرعا حتى لا تصح الا ممن هو أهل التبرع ثم تنقلب معاوضة وانما انقلبت معاوضة لانه يوجب الملك فى رقبة الغير مجازاة لصلته أو تحملا عن العبد لان الضمان عليه فى الحقيقة لحصول النفع له ثم له حق الرجوع فى مالية العبد بالسعاية كما فى الكفالة ان الكفيل يكون متبرعا فى التحمل عن المكفول عنه ثم اذا صح تحمله وملك ما فى ذمته بالاداء الى المكفول له انقلبت معاوضة ألا ترى أن من قال فى حال الصحة ما كان لك على فلان فهو على ثم كان له على فلان فى مرضه فأخذ ذلك من المريض فانه يعتبر من جميع المال لا من الثلث و يؤخذ من تركته ولو وجد ابتداء الكفالة فى المرض يكون المؤدى معتبرا من الثلث فدل على التفرقة بين الفصلين وان مات الشريك الذى لم يعتق ثبت الخيار لورثته فان اجتمعوا على شىء من الاعتاق أو التضمين أو الاستسعاء وغير ذلك فلهم ذلك بلا خلاف لانهم يخلفون الميت و يقومون مقامه وكان للمورث ذلك قبل موته فكذا لهم وان انفردوا فأراد بعضهم الاعتاق

و بعضهم التضمين ذكر في الاصل أن لهم ذلك وقال الحسن بن زياد انه ليس لهم ذلك الا أن يعتقوا أو يستسعوا أو يضمنوا والظاهر أنه رواية عن أبي حنيفة لان الاعتاق عند الحسن لا يتجزأ كما لا يتجزأ عند أبي يوسف ومحمد فلا يصح هذا التفريع على مذهبه وجه ماذكر في الاصل ان نصيب الشريك قد بقي على ملكه عند أبي حنيفة لتجزئ الاعتاق عنده وقد انتقل نصيبه الى الورثة بموته فصاروا كالشركاء في الاصل في العبد أعتق أحدهم نصيبه ان للباقين أن يختار كل واحد منهم مايشاء كذا هذا وجه رواية الحسن ان الورثة انتقل اليهم ما كان للميت وما كان له أن يختار الضمان في البعض والسعاية في البعض فكذا لهم ولان المستسعى بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة ومن كاتب عبده ثم مات ليس لورثته أن ينفردوا بأن يختار بعضهم الاعتاق و بعضهم التضمين و بعضهم الاستسعاء بل ليس لهم الا أن يجتمعوا على شيء واحد اما العتق واما الضمان كذا هذا ثم على رواية الحسن لو أعتق بعضهم كان اعتاقه باطلا مالم يجتمعوا على الاعتاق لان المستسعى كالمكاتب على أصل أبي حنيفة ولو مات المولى فأعتق بعض الورثة المكاتب كان اعتاقه باطلا مالم يجتمعوا عليه كذا هذا فاذا اجتمعوا على عتقه يعتق بلا خلاف والولاء يكون للميت حتى ينتقل الى الذكور من ورثته دون الاناث وهو فائدة كونه للميت لان من أصل أبي حنيفة ان المعتق بعضه في معنى المكاتب والمكاتب لا ينتقل فيه بالارث فكان ولاؤه للميت كذا هذا واذا كان المعتق موسرا يوم أعتقه فاختار الشريك تضمينه ثم أراد أن يرجع عن ذلك و يختار السعاية ذكر في الاصل أنه ليس له ذلك و لم يفصل بين ما اذا رضي المعتق بالضمان أو حكم به الحاكم أو لم يرض به المعتق ولا حكم به الحاكم وروى ابن سماعة عن محمد ان له ذلك مالم يقبل المعتق منه التضمين أو يحكم به الحاكم فان قبل أو حكم به الحاكم فليس له ذلك من المشايخ من لم يجعل في المسئلة اختلاف الرواية وجعل ماذكره ابن سماعة عن محمد من التفصيل تفسيرا لما ذكره في ظاهر الرواية واليه ذهب الجصاص وقال أراد بما ذكر في الكتاب اذا قضى به القاضي أو رضي به الشريك وحكي عن الكرخي والجصاص أنهما جعلا مسئلة الغاصب وغاصب الغاصب على هذا أنه اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما ثم بدا له واختار تضمين الآخر فله ذلك الا أن يرضى به المضمن أو يقضي به القاضي ومنهم من جعل في المسئلة روايتين وجه ماذكر في الاصل ان له خيار التضمين وخيار السعاية والمخير بين شيئين اذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر فكان اختياره التضمين ابراء للعبد عن السعاية ولهذا لو اختار السعاية لم يكن له أن يختار الضمان وكانت نفس اختيار السعاية ابراء له عن الضمان من غير قضاء ولا رضا كذا اذا اختار الضمان وجه رواية ابن سماعة ان اختيار الشريكين تضمين المعتق ايجاب الملك له في المضمون بعوض وهو الضمان وذلك لا يتم الا بالرضا أو بالقضاء فما لم يوجد أحدهما لا يتم له الاختيار وكان له الرجوع عنه الى السعاية بخلاف ما اذا اختار الشريك السعاية أنه لا يكون له خيار التضمين بعد ذلك رضي بذلك العبد أو لم يرض لان اختيار السعاية على العبد ليس فيها ايجاب الملك للعبد بعوض حتى يقف ذلك على رضاه فلا يقف عليه فان أعتق أحدهما نصيب صاحبه لم يعتق منه شيء أما على أصل أبي حنيفة فظاهر لان العتق يتجزأ فيقتصر العتق على نصيب المعتق فاذا صادف ملك غيره لم ينفذ وأما على أصلهما فالعتق وان كان لا يتجزأ لكن لا بد من ثبوت العتق في نصيبه ثم يسري الى نصيب شريكه فاذا أضاف الاعتاق الى نصيب شريكه لم يثبت العتق في نصيب نفسه فلا يتعدى الى نصيب الشريك وان كان المعتق جارية حاملا لا يضمن المعتق من قيمة الولد شيأ لان الحمل بمنزلة طرف من أطرافها والاطراف بمنزلة الاوصاف والاوصاف لا تفرد بالضمان الا بعد وجود سبب وجوب الضمان فيها مقصودا ولان الحمل في الآدمية نقصان فكيف يلزمه بنقصان المتلف زيادة ضمان وكذلك كل حمل يعتق بعتق أمه اذا كان المعتق مالكهما كما في الرهن وان لم يكن مالكا للولد كما في الجارية الموصى برقبتها لرجل و بحملها لآخر فأعتق صاحب الرقبة الام يعتق الحمل و يضمن قيمته لصاحبه لان الولد انفرد عن الام في الملك فجاز أن ينفرد بالضمان وان كان العبد بين جماعة فاعتق أحدهما نصيبه فاختار بعض الشركاء الضمان و بعضهم السعاية

و بعضهم العتق فذلك لهم ولكل واحد منهم ما اختار فى قول أبى حنيفة لان اعتاق نصيبه أوجب لكل واحد منهم الخيارات ونصيب كل واحد لا يتعلق بنصيب الآخر فكان لكل واحد منهم ما اختار وعلى هذا الاصل قال أبو حنيفة فى عبد بين ثلاثة أعتق أحدهم نصيبه ثم أعتق الآخر بعده فللثالث ان يضمن المعتق الاول ان كان موسرا وان شاء أعتق أو دبر أو كاتب أو استسعى لان نصيبه بقى على ملكه فثبت له الخيارات للتخريج الى الاعتاق وليس له أن يضمن المعتق الثانى وان كان موسرا الا ان تضمين الاول ثبت على مخالفة القياس لما ذكرنا انه لا صنع للمعتق فى نصيب الشريك باتلاف نصيبه وانما عرفناه بالنص نظرا للشريك وانه يحصل بتضمين الاول ولان ضمان العتق ضمان معاوضة فى الاصل فاذا أعتق الاول فقد ثبت للشريك حق نقل الملك المضمون اليه باختيار الضمان وتعلق بذلك النقل حق الولاء والولاء لا يلحقه الفسخ فلا يملك نقل حق التضمين الى غيره فان اختار تضمين الاول فالاولى ان يعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لانه قام مقام المضمن وليس له ان يضمن المعتق الثانى لان الاول لم يكن له ان يضمنه فكذا من قام مقامه وأما على أصلهما فلما أعتق الاول أعتق جميع العبد فلم يصح اعتاق الثانى وليس للثانى والثالث الا التضمين ان كان المعتق موسرا والسعاية ان كان معسرا وعلى هذا من كان له عبد فاعتق نصفه فعلى قول أبى حنيفة يعتق نصفه ويبقى الباقى رقيقا يجب تخريجه الى العتاق فان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى واذا أدى السعاية أو بدل الكتابة يعتق كله وليس له أن يتركه على حاله وعلى قولهما يعتق كله سواء كان المعتق موسرا أو معسرا من غير سعاية وكذا اذا أعتق جزأ من عبده أو شقصا منه يمضى منه ما شاء ويبقى الباقى رقيقا يخرج الى العتاق بالخيارات التى وصفنا فى قول أبى حنيفة لان الاعتاق عنده متجزئ الا ان ههنا أضاف العتق الى مجهول فيرجع فى البيان اليه كما لو قال أحد عبيدى حر وقيل ينبغى فى قياس قول أبى حنيفة فى السهم ان يعتق منه سدسه لان السهم عبارة عن السدس فى عرف الشرع لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه ان رجلا أوصى فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم بسهم من ماله لرجل فأعطاه النبى صلى الله عليه وسلم سدس ماله وعن جماعة من أهل اللسان ان السهم عبارة عن السدس فى اللغة وعندهما يعتق كله لان العتق لا يتجزأ عبد بين رجلين دبره أحدهما صار نصيبه مدبرا ثم ان كان المدبر موسرا فللشريك ست خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء ضمن وان شاء استسعى وان شاء تركه على حاله وان كان معسرا فللشريك خمس خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى وان شاء تركه على حاله وليس له أن يضمن وهذا قول أبى حنيفة لان التدبير عنده متجزئ كالاعتاق فيثبت له الخيارات أما خيار العتق والتدبير والمكاتبة والسعاية فلان نصيبه بقى على ملكه فى حق التخريج الى العتاق وأما خيار التضمين فلانه بالتدبير أخرجه من ان يكون محلا للتمليك مطلقا بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد أتلفه فى حق هذه التصرفات فكان للشريك ولاية التضمين وأما خيار الترك على حاله فلان الحرية لم تثبت فى جزء منه فجاز بقاؤه على الرق وانه مفيد لان له أن ينتفع به منفعة الاستخدام فلا يكلف تخريجه الى الحرية ما لم يمت المدبر فان اختار تضمين المدبر فللمدبر أن يرجع بما ضمن على العبد لان الشريك كان له أن يستسعيه فلما ضمن شريكه قام مقامه فيما كان له فاذا أدى عتق والولاء كله للمدبر لان كله عتق على ملكه لانتقال نصيب شريكه اليه وان اختار الاستسعاء أو الاعتاق كان الولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه وأما اذا كان معسرا فلا حق له فى الضمان لان ضمان التدبير لا يجب مع الاعسار كما لا يجب ضمان الاعتاق فبقى أربع خيارات وأما على قول أبى يوسف ومحمد صار كله مدبرا لان التدبير على أصلهما لا يتجزأ كالاعتاق المعجل وليس للشريك الا التضمين موسرا كان المدبر أو معسرا على الرواية المشهورة عنهما لان ضمان النقل والتمليك لا يختلف باليسار والاعسار كالبيع ولو كان العبد بين ثلاثة رهط دبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الثانى وهو موسر فللشريك الثالث أن يضمن المدبر ثلث قيمته ويرجع به المدبر على العبد وليس له أن يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث

قيمتـه مدبرا وليس له أن يضمنـه ما انتقـل اليـه من نصيب الثـالـث وهـذا قول أبي حنيفـة وقال أبو يوسف ومحمـد العبد كله مـدبر للذي دبره ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا الان التدبير لما كان متجزئا عنـد أبي حنيفة فلما دبره أحـدهم فقـد ثبت لكل واحـد من الشريكين ست خيـارات فلما أعتقـه الثاني فقد استوفى ما كان له فلم تبـق له ولاية تضمين المـدبر وللساكت أن يضمنـه لانه أتلف عليـه نصيبه فكان له ولاية التضمين وليس له أن يضمن المعتـق لان ضمان المعتـق ضمان معاوضـة في الاصـل وهو ضمان التملك وهو ان يكون بمقابـلة الضمان ملك المضمون كضمان الغاصب ولو ضمن المعتـق لا يملك المعتق المضمون لان التـدبير انعـقد سببا لوجوب الضمان على المدبر وانه يوجب ملك المضمون فصـار ذلك النصيب بحـال لا يحتمل النقل الى غير المدبر فتعذر تضمين المعتـق ولان المدبر بالتـدبير قـد ثبت له حق الولاء والولاء لا يلحقه الفسخ فـلا يجوز ان ينقـله الى الغـير وللمـدبر ان يضمـن المعتـق لانه بالاعتـاق أتلف نصيبه باخراجـه من ان يكون منتفـعا به منفـعة الاستخدام فيضمن له قيمة نصيبه لكن مـدبرا الان المتلف مدبر ويرجع به المدبر على العبـد لان نصيب الساكت انتقل اليه فقام هو مقامه وكان له أن يستسعى العبد فـكذا للمدبر ولان الحرية لم تثبت في جزء منه فجاز بقاؤه على الرق ولم يمكن ان يجعل هذا ضمان معاوضة لان نصيبه مدبر والمدبر لا يحتمل النقل الى ملك الغير فجعل ضمان جناية بطريق الضرورة وان شاء المدبر أعتـق نصيبه الذي دبره لان باعتاق شريكه لم يزل ملكه وان شاء استسعى العبد كما في عتق أحـد الشريكين فان اختار الضمان كان للمعتق أن يستسعى العبد لان المدبر أقامه مقام نفسه فـكان له أن يستسعيه فـكذا له وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذي انتقل اليه من الثالث لان المدبر انما ملك ذلك الثلث عند القضاء بالضمان مستندا الى وقت التدبير والمستند قبل ثبوته في المحـل يكون ثابتا من وجه دون وجـه فلا يظهر ملكه في حق المعتق فلا يضمن المعتق له ذلك وأما عندهما فالتدبير لما لم يكن متجزئا صار الكل مدبرا ويضمن ثلثي قيمته للشريكين لاتلافه نصيبهما عليهما سواء كان موسرا أو معسرا الا تجب السعاية هنا بخلاف الاعتاق لان بالاعتاق يزول ملكه فيسعى وهو حر وههنا بالتدبير لا يزول ملكه بل يصير العبد كله مدبرا له وكسب المدبر للمولى فتعذر الاستسعاء وعلى هذا اذا شهد أحد الشريكين على الآخر بالاعتاق بان كان العبد بين رجلين وشهد أحدهما على صاحبه انه أعتقه وأنكر صاحبه لا تقبل شهادته على صاحبه ويجوز اقراره على نفسه ولم يجز على صاحبه ولا يعتق نصيب الشاهد ولا يضمن لصاحبه ويسعى العبد في قيمته بينهما موسرين كانا أو معسرين في قول أبي حنيفة وعندهما ان كان المشهود عليه موسرا فلا سعاية للشاهد على العبد وان كان معسرا فله السعاية عليه أما عدم قبول شهادته فـلان شهادة الفرد في هذا الباب غير مقبولة ولو كانا اثنين لكان لا تقبل شهادتهما أيضا لانهما بشهادتهما يجران المغنم الى أنفسهما لانهما يثبتان به حق التضمين لانفسهما ولا شهادة لجار المغنم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم الا انه بشـهادته على صاحبه صار مقرا بفساد نصيبه باقراره على صاحبه باعتاق نصيبه فشهادته على صاحبه واقراره عليه ان لم يجز فاقراره بفساد نصيب نفسه جائز لان الانسان يصدق باقراره على نفسه خصوصا فيما يتضرر به ولا يعتق نصيب الشريك الشاهد لانه لم يوجد منه الاقرار بعتق نصيبه بل بفساد نصيبه وانما اقر بالعتق في نصيب شريكه الا ان اقراره بالعتق في نصيب شريكه في حق شريكه لم ينفذ فينفذ اقراره بالعتق في نصيب شريكه في حقه ولا يضمن الشاهد لشريكه لانه لم يعتق نصيب نفسه وأما السعاية فلان فساد نصيبه يوجب التخريج الى العتق بالسعاية ويسعى العبد لهما في قيمتـه بينهما فيسعى للشاهد في نصف قيمته ويسعى للمنكر في نصف قيمته سواء كان المنكر موسرا أو معسرا في قول أبي حنيفـة لان السعاية تثبت مع اليسار والاعسار على أصـله أما حق الاستسعاء للشاهـد وان كان المشهود عليه موسرا فـلان في زعمـه ان شريكه قد أعتق وان له حق التضمين أو الاستسعاء الا انه تعـذر التضمين لان اقراره لم يجز عليـه في حقه فبـقي له حق الاستسعاء وأما المنكر فلان في زعمـه ان نصيبه على ملكه وقد تعـذر

عليه التصرف فيه باقرار شريكه فكان له ان يستسعي وأما عندهما فان كان المنكر موسرا فلا سعاية للشاهد على العبد لانه يزعم انه عتق باعتاق شريكه وانه لا يستحق الا الضمان لان السعاية لا تثبت مع اليسار على أصلهما وان كان معسرا فللشاهد أن يستسعي وأما المنكر فيستسعي على كل حال بالاجماع معسرا كان أو موسرا لان نصيبه على ملكه ولم يوجد منه الاقرار بسقوط حقه عن السعاية فان أعتق كل واحد منهما بعد ذلك نصيبه قبل الاستسعاء جاز في قول أبي حنيفة لان نصيب المنكر على ملكه وكذلك نصيب الشاهد عنده لان الاعتاق يتجزأ فاذا أعتقا نفذ عتقهما والولاء بينهما لان العتق منهما وكذلك ان استسعيا وأدى السعاية فالولاء لهما وأما على قولهما فالولاء في نصيب الشاهد موقوف لان في زعم الشاهد ان جميع الولاء لشريكه لان الاعتاق لا يتجزأ على أصلهما وشريكه يجحد ذلك فيسلم له النصف و يوقف له النصف وان شهد كل واحد منهما على صاحبه وأنكر الآخر يحلف أولا كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما بدعوى العتق على صاحبه يدعي وجوب الضمان على صاحبه أو السعاية على العبد وصاحبه ينكر فيحلف كل واحد منهما لصاحبه وهذا لان فائدة الاستحلاف النكول ليقضى به والنكول اما بذل أو اقرار والضمان مما يصح بذله والاقرار به واذا تحالفا سعى العبد لكل واحد منهما في نصف قيمته في قول أبي حنيفة لان في زعم كل واحد منهما أن شريكه قد أعتق وان له الضمان أو السعاية وتعذر التضمين حيث لم يصدقه الآخر فبقي الاستسعاء ولا فرق عند أبي حنيفة بين حال اليسار والاعسار وأما على قولهما فان كانا موسرين فلا سعاية لواحد منهما لان كل واحد منهما يدعي الضمان على شريكه و يزعم أن لا سعاية له مع اليسار فلم يثبت له ما أبرأ العبد عنه وان كانا معسرين يسعى العبد لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يزعم أن شريكه أعتق وهو معسر فلا حق له الا السعاية وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى العبد للموسر ولم يسع للمعسر لان الموسر يزعم أن لا ضمان على شريكه وانما له السعاية على العبد والمعسر انما يزعم أن الضمان على الشريك وانه قد أبرأ العبد ثم هو عبد في قول أبي حنيفة و يسعى وهو رقيق الى أن يؤدي ما عليه لان المستسعى في حكم المكاتب على أصله وعندهما هو حر عليه دين حين شهد الموليان فيسعى وهو حر لان في زعم كل واحد منهما أنه حر من جهة صاحبه ومن أقر بحرية عبد في ملكه عتق عليه عبد بين رجلين قال أحدهما ان كنت دخلت هذه الدار أمس فانت حر وقال الآخر ان لم تكن دخلتها أمس فانت حر ولا يدرى أكان دخل أو لم يدخل عتق نصف العبد بينهما و يسعى في نصف قيمته بين الموليين موسرين أو معسرين في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ان كانا معسرين سعى في نصف قيمته بينهما وان كانا موسرين فلا يسعى لاحد وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للمعسر في ربع قيمته ولا يسعى للموسر وقال محمد ان كانا موسرين لا يسعى وان كانا معسرين يسعى لهما في جميع قيمته وجه قول محمد ان كل واحد منهما يدعي على صاحبه انه أعتقه فصار كشهادة كل واحد منهما على صاحبه ولان من عتق عليه نصف العبد مجانا بغير سعاية مجهول لان الحانث منهما مجهول فكان من يقضى عليه بسقوط نصف السعاية مجهولا فلا يمكن القضاء به ولابي حنيفة وأبي يوسف ان نصف العبد قد عتق بيقين لان أحد الشريكين حانث بيقين اذ العبد لا يخلو من أن يكون دخل الدار أو لم يدخل اذ لا واسطة بين الدخول والعدم وليس أحدهما بتعيينه للحنث أولى من الآخر والمقضى له بالعتق يتعين فيقسم نصف العتق بينهما فاذا أعتق نصف العبد بيقين تعذر ايجاب كل السعاية عليه فتجب نصف السعاية ثم على أصل أبي حنيفة يسعى في نصف قيمته بينهما سواء كانا موسرين أو معسرين لان ضمان السعاية عنده لا يختلف باليسار والاعسار وعند أبي يوسف يختلف فان كانا معسرين سعى لهما وان كانا موسرين لا يسعى لهما وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى للمعسر ولا يسعى للموسر وما ذكره محمد ان هذا كشهادة كل واحد منهما على الآخر غير سديد لان ههنا تيقنا بحرية نصف العبد لما بينا وفي مسئلة الشهادة لم نستيقن بالحرية لاحتمال أن تكون الشهادتان كاذبتين وأما قوله ان الذي يقضى عليه بالعتق بغير سعاية مجهول فنعم لكن هذا

لا يمنع القضاء اذا كان المقضى له معلوما لان المقضى له اذا كان معلوما يمكن رفع الجهالة التى من جانب المقضى له بالقسمة والتوزيع واذا كان مجهولا لا يمكن فان حلف رجلان على عبدين كل واحد منهما لاحدهما فقال أحدهما العبده ان كان زيد قد دخل هذه الدار اليوم فانت حر وقال الآخر لعبده ان لم يكن زيد دخل هذه الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم ولا يدرى أدخل الدار أم لم يدخل لم يعتق واحد من العبدين لان ههنا المقضى له وعليه كل واحد منهما مجهول ولا وجه للقضاء عند تمكن الجهالة فى الطرفين وفى الفصل الاول المقضى له بالعتق متيقن معلوم والقضاء فى مثله جائز كمن أعتق واحدة من جوار به العشر ثم جهلها وعلى هذا قال أبو يوسف فى عبدين بين رجلين قال أحدهما لاحد العبدين أنت حر ان لم يدخل فلان هذه الدار اليوم وقال الآخر للعبد الآخر ان دخل فلان هذه الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وتصادقا على أنهما لا يعلمان دخل أو لم يدخل فان هذين العبدين يعتق من كل واحد منهما ربعه ويسعى فى ثلاثة أرباع قيمته بين الموليين نصفين وقال محمد قياس قول أبى حنيفة أن يسعى كل واحد منهما فى جميع قيمته بينهما نصفين وجه قول أبى يوسف ان نصف أحد العبدين غير عين قد عتق بيقين لان فلانا لا يخلو من أن يكون دخل الدار اليوم أو لم يكن دخل فكان نصف أحدهما حرا بيقين وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر فيقسم نصف الحرية بينهما فيعتق من كل واحد منهما ربعه ويسعى كل واحد منهما فى ثلاثة أرباع قيمته للتخريج الى العتق كما فى المسئلة المتقدمة الا ان هناك العبد واحد فيعتق منه نصفه ويسعى فى النصف الباقى وههنا عبدان فيعتق نصف أحدهما غير عين ويقسم بين الموليين فيعتق على كل واحد منهما الربع ويسعى كل واحد منهما فى الباقى وذلك ثلاثة أرباع قيمته وجه قياس قول أبى حنيفة أن المقضى له وعليه مجهولان ولا سبيل الى القضاء بالحرية مع جهالتهما فيسعى كل واحد منهما فى جميع قيمته بخلاف المسئلة المتقدمة لان ثمة المقضى له غير مجهول ومن هذا النوع ما ذكره ابن سماعة عن أبى يوسف فى عبد بين رجلين زعم أحدهما أن صاحبه أعتقه منذ سنة وانه هو أعتقه اليوم وقال شريكه لم أعتقه وقد أعتقت أنت اليوم فاضمن لى نصف القيمة لعتقك فلا ضمان على الذى زعم أن صاحبه أعتقه منذ سنة لان قوله أنا أعتقته اليوم ليس باعتاق بل هو اقرار بالعتق وانه حصل بعد اقراره على شريكه بالعتق فلم يصح وكذا لو قال أنا أعتقته أمس وأعتقه صاحبى منذ سنة وان لم يقر باعتاق نفسه لكن قامت عليه بينة انه أعتقه أمس فهو ضامن لشريكه لظهور الاعتاق منه بالبينة فدعواه على شريكه العتق المتقدم لا يمنع ظهور الاعتاق منه بالبينة ويمنع ظهوره باقراره والله عز وجل الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الاعتاق وبيان وقت ثبوت حكمه فللاعتاق أحكام بعضها أصلى وبعضها من التوابع أما الحكم الاصلى للاعتاق فهو ثبوت العتق لان الاعتاق اثبات العتق والعتق فى اللغة عبارة عن القوة يقال عتق الطائر اذا قوى فطار عن وكره وفى عرف الشرع اسم لقوة حكمية للذات يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه ولهذا كان مقابله وهو الرق عبارة عن الضعف فى اللغة يقال ثوب رقيق أى ضعيف وفى متعارف الشرع يراد به الضعف الحكمى الذى يصير به الآدمى محلا للتملك وعلى عبارة التحرير الحكم الاصلى للتحرير هو ثبوت الحرية لان التحرير هو اثبات الحرية وهى الخلوص يقال طين حر أى خالص وأرض حرة اذا لم يكن عليها خراج وفى عرف الشرع يراد بها الخلوص عن الملك والرق وهذا الحكم يعم جميع أنواع الاعتاق غير أنه ان كان تنجيزا ثبت هذا الحكم للحال وان كان تعليقا بشرط أو اضافة الى وقت يثبت بعد وجود الشرط والوقت ويكون المحل قبل ذلك على حكم ملك المالك فى جميع الاحكام الا فى التعليق بشرط الموت المطلق وهو التدبير عندنا وكذا الاستيلاد ثم هذا الحكم قد يثبت فى جميع ما أضيف اليه وقد يثبت فى بعض ما أضيف اليه وجملة الكلام فيه أن الاعتاق لا يخلو اما ان كان فى الصحة واما ان كان فى المرض فان كان فى الصحة عتق كله سواء كان له مال آخر أو لم يكن وسواء كان عليه دين أو لم يكن لان حق الورثة أو الغريم لا يتعلق بالمال حالة الصحة فالاعتاق صادف خالص ملكه

لاحق لاحد فيه فنفذ وان كان فى المرض فان كان له مال آخر سوى العبد والعبد كله يخرج من ثلث المال يعتق كله لان الثلث خالص حقه لاحق للورثة فيه وانما تعلق حقهم فى الثلثين والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم وان كان لايخرج كله من ثلث المال وأجازت الورثة الزيادة فكذلك لان المانع حق الورثة فاذا أجازوا فقد زال المانع فيعتق كله وان لم يجيزوا الزيادة يعتق منه بقدر ثلث ماله و يسعى فى الباقى للورثة وان لم يكن له مال سوى العبد فان أجازت الورثة عتق كله لما قلنا وان لم يجيزوا يعتق ثلثه و يسعى فى الثلثين للورثة لما قلنا والدليل عليه أيضا ماروى فى حديث أبى قلابة ان رجلا اعتق عبدا له عند موته ولا مال له غيره فاجاز النبى صلى الله عليه وسلم ثلثه واستسعاه فى ثلثى قيمته فدل الحديث على جواز الاعتاق فى مرض الموت حيث أجاز النبى صلى الله عليه وسلم ذلك على ان الاعتاق فى مرض الموت وصية حيث اعتبره من الثلث وعلى بطلان قول من يقول لاسعاية فى الشريعة حيث استسعى العبد هذا اذا لم يكن عليه دين فان كان عليه دين فان كان مستغرقا لقيمته ولا مال له سوى العبد أوله مال آخر لكن الدين مستغرق لماله فاعتق يسعى فى جميع قيمته للغريم رد اللوصية لان الدين مقدم على الوصية الا ان العتق لايحتمل النقض فتجب السعاية وروى عن أبى الاعرج ان رجلا أعتق عبد الله عند الموت وعليه دين فقال النبى صلى الله عليه وسلم يسعى فى الدين وهكذا روى عن على وابن مسعود رضى الله عنهما وان كان الدين غير مستغرق لقيمة العبد بان كان الدين ألف درهم وقيمة العبد ألفان يسعى فى نصف قيمته للغريم رد اللوصية فى قدر الدين ثم نصفه الثانى عتق بطريق الوصية فان أجازت الورثة عتق جميع نصفه الثانى وان لم تجز يعتق ثلث النصف الثانى مجانا بغير شئ وهو سدس الكل و يسعى فى ثلثى النصف فالحاصل انه يعتق سدسه مجانا بغير شئ و يسعى فى خمسة أسداسه ثلاثة أسهم للغريم وسهمان للورثة ولو كان له عبدان فاعتقهما وهو مريض فهو على التفاصيل التى ذكرناها ان كان له مال سواهما وهما يخرجان من الثلث عتقا جميعا بغير شئ لما ذكرنا وان لم يخرجا من الثلث وأجازت الورثة الزيادة فكذلك لما قلنا وان لم يجيزوا الزيادة يعتق من كل واحد منهما بقدر ثلث ماله و يسعى فى الباقى للورثة وان لم يكن له مال سواهما فان أجازت الورثة عتقا جميعا بغير شئ وان لم يجيزوا يعتق من كل واحد منهما ثلثه مجانا و يسعى فى الثلثين للورثة فيجعل كل رقبة على ثلاثة أسهم لحاجتنا الى الثلث فيصير جملة المال وهو العبدان على ستة أسهم فيخرج منها سهام العتق وسهام السعاية للعبدين سهمان من ستة وللورثة أربعة أسهم فاستقام الثلث والثلثان فان مات أحدهما قبل السعاية يجعل هو مستوفيا لوصيته متلفا لما عليه من السعاية والتلف يدخل على الورثة وعلى العبد الباقى فيجمع نصيب الورثة وذلك أربعة أسهم و نصيب العبد الحى وذلك سهم فيكون خمسة فيعتق من العبد الحى خمسه و يسعى فى أربعة أخماسه فيحصل للورثة أربعة أسهم وللحى سهم والميت قد استوفى سهما فحصل للورثة أربعة أسهم وللوصية سهمان فاستقام الثلث والثلثان ولو كان العبيد ثلاثة ولم يكن له مال سواهم يعتق من كل واحد ثلثه و يسعى فى ثلثى قيمته فيصير كل واحد على ثلاثة أسهم فتصير العبيد على تسعة أسهم ستة أسهم للورثة وثلاثة أسهم للعبيد فان مات أحدهم قبل السعاية صار متلفا لما عليه من السعاية مستوفيا لوصيته فيجمع نصيب الورثة وذلك ستة أسهم ونصيب العبدين سهمان فيكون ثمانية أسهم فيجعل كل عبد على أربعة أسهم فيعتق من كل واحد ربعه و يسعى فى ثلاثة أرباعه فيحصل للورثة ستة أسهم وللعبدين سهمان والميت استوفى سهما فاستقام الثلث والثلثان فان مات اثنان يجمع نصيب الورثة ستة وللحى سهم فيكون سبعة فيعتق من الحى سبعه و يسعى فى ستة أسباع قيمته فيحصل للورثة ستة وللحى سهم والميتان استوفيا سهمين فحصلت الوصية ثلاثة أسهم والسعاية ستة فاستقام الثلث والثلثان هذا كله اذا لم يكن على الميت دين فان كان عليه دين مستغرق يسعى كل واحد فى قيمته للغرماء رد اللوصية لان العتق فى مرض الموت وصية ولا وصية الا بعد قضاء الدين وان كان الدين غير مستغرق بان كان الفا وقيمة كل واحد منهما ألف يسعى

كل واحد فى نصف قيمته ثم نصف كل واحد منهما وصية فان أجازت الورثة عتق النصف الباقى من كل واحد وان لم تجز الورثة يعتق من كل واحد ثلث نصف الباقى مجانا وهو السدس و يسعى فى ثلثى النصف ففى الحاصل عتق من كل واحد سدسه مجانا و يسعى فى خمسة أسداسه والله عز وجل أعلم ثم المريض اذا أعتق عبده ولا مال له غيره فامر العبد فى الحال فى أحكام الحرية من الشهادة وغيرها موقوف فان برأ تبين انه صار حرا من حين أعتق وان مات فهو بمنزلة المكاتب فى قول أبى حنيفة لان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما هو حر وعليه دين لان الاعتاق لا يتجزأ وأما الذى هو من التوابع فنحو المالكية والولاية والشهادة والارث وغير ذلك لكن هذه ليست من الاحكام الاصلية للاعتاق بل هى من التوابع والثمرات تثبت فى بعض أنواعه دون بعض كالاعتاق المضاف الى الصبى والمجنون ونحو ذلك ومن هذا القبيل الاعتاق المضاف الى المجهول وجملة الكلام فيه ان جهالة المعتق اما ان كانت أصلية واما ان كانت طارئة فان كانت أصلية وهى ان تكون الصيغة من الابتداء مضافة الى أحد المذكورين غير عين فيجهل المضاف اليه لمزاحمة صاحبه اياه فى الاسم فصاحبه المزاحم لا يخلو اما ان يكون محتملا للاعتاق أو لا يكون محتملا له والمحتمل لا يخلو من ان يكون ممن ينفذ اعتاقه فيه أو ممن لا ينفذ فان كان محتملا للاعتاق وهو ممن ينفذ اعتاقه فيه نحو ان يقول لعبديه أحدكما حر او يقول هذا حر او هذا أو يقول سالم حر أو بزيع لا ينوى أحدهما بعينه فالكلام فى هذا الفصل فى موضعين أحدهما فى بيان كيفية هذا التصرف والثانى فى بيان الاحكام المتعلقة به أما الكيفية فقد ذكرنا الاختلاف فيها فيما تقدم وأما الكلام فى الاحكام المتعلقة به فى الاصل فنوعان نوع يتعلق به فى حال حياة المولى ونوع يتعلق به بعد وفاته أما الاول فنقول ولا قوة الا بالله تعالى ان للمولى ان يستخدمهما قبل الاختيار وهذا يدل على ان العتق غير نازل فى أحدهما لانه لا سبيل الى استخدام الحر من غير رضاه وله ان يستعملهما و يستكسبهما وتكون الغلة والكسب للمولى وهذا أيضا يدل على ما قلنا ولو جنى عليهما قبل الاختيار فالجناية لا تخلو اما ان كانت من المولى واما ان كانت من الاجنبى ولا تخلو اما ان كانت على النفس أو على ما دون النفس فان كانت الجناية من المولى فان كانت على ما دون النفس بان قطع يد العبدين فلا شئ عليه وهذا أيضا يدل على عدم نزول العتق حيث جعلهما فى حكم المملوكين قبل الاختيار وسواء قطعهما معا أو على التعاقب لان القطع لا يبطل الخيار ولا يكون ثابتا بخلاف القتل لما نذكر وان كانت جناية على النفس بان قتلهما فان قتلهما على التعاقب فالاول عبد والثانى حر لانه لما أقدم على قتل الاول فقد تعين الثانى للعتق فاذا قتله فقد قتل حرا فعليه الدية وتكون لورثته لان الدية تصير ميراثا للورثة ولا يكون للمولى من ذلك شئ لانه قاتل والقاتل لا يرث وان قتلهما معا بضربة واحدة فعليه نصف دية كل واحد منهما لورثته لان المضمون على المولى أحدهما وهو الحر منهما وليس أحدهما باولى من الآخر فشاعت حرية واحدة فيهما وهذا يؤيد القول بنزول العتق فى غير العين وان كانت الجناية من الاجنبى فان كانت فيما دون النفس بان قطع انسان يد العبدين فعليه ارش العبيد وذلك نصف قيمة كل واحد منهما لكن يكون ارشهما للمولى سواء قطعهما معا أو على التعاقب لان القطع لا يبطل خيار المولى وهذا يوجب القول بعدم نزول العتق اذ لو نزل لكان الواجب ارش يد عبد وحر وهو نصف قيمة عبد و نصف دية حر وان كانت فى النفس فالقاتل لا يخلو اما ان كان واحدا واما ان كان اثنين فان كان واحدا فان قتلهما معا فعلى القاتل نصف قيمة كل واحد منهما نصف قيمة هذا او نصف قيمة ذاك و يكون للمولى وعليه نصف دية كل واحد منهما نصف دية هذا او نصف دية ذاك وتكون لورثتهما وهذا دليل على ان العتق نازل فى غير العين اذ لو لم يكن لكان الواجب فى قتلهما معا قيمة عبدين ومع ذلك لم يجب بل وجب دية حر وقيمة عبد لان أحدهما حر وقد قتل حرا وعبدا والواجب بقتل الحر الدية و بقتل العبد القيمة والدية للورثة والقيمة للمولى وانما انقسم لان كل واحد منهما تجب ديته فى حال وقيمته فى حال لاحتمال انه حر وعبد فينقسم ذلك على اعتبار الاحوال كما هو أصل أصحابنا وان قتلهما على التعاقب يجب على

القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثانى للورثة لان قتل الاول يوجب تعين الثانى للعتق فيتعين الاول للمولى وقد قتل حرا وعبدا خطأ وان كان القاتل اثنين فقتل كل واحد منهما رجلا فان وقع قتل كل واحد منهما معا فعلى كل واحد من القاتلين القيمة نصفها للورثة ونصفها للمولى وايجاب القيمتين يوجب قيمة ودية على قول من يقول ان العتق غير نازل ظاهر الان كل واحد منهما قتل عبدا خطأ وانه يوجب القيمة وأما على قول من يقول بنزول العتق فانما لم تجب الدية لان من تجب الدية عليه منهما مجهول اذ لا يعلم من الذى تجب عليه منهما فلا يمكن ايجاب الدية مع الشك والقيمة متيقنة فتجب بخلاف ما اذا كان القاتل واحدا لان هناك من عليه معلوم لا جهالة فيه وانما الجهالة فيمن له وأما انقسام القيمتين فلان المستحق لاحد البدلين هو المولى والمستحق للبدل الآخر هو الوارث وكل واحد منهما يستحق فى حال ولا يستحق فى حال فوجوب القيمتين حجة أحد القولين وانقسامهما حجة القول الآخر وان وقع قتل كل واحد منهما على التعاقب فعلى قاتل الاول القيمة للمولى وعلى قاتل الثانى الدية للورثة لان أحدهما قتل عبدا والآخر قتل حرا لان قتل الاول أوجب تعين الثانى للحرية والاول للرق ولو كان المملوكان أمتين فولدت كل واحدة منهما ولدا أو ولدت احداهما ولدا فاختار المولى عتق احداهما عتقت هى وعتق ولدها سواء كان للاخرى ولد اولم يكن أما على قول التخيير فظاهر لان العتق كان نازلا فى غير العين منهما والبيان تعيين لمن وقع عليه فعتقت المعينة وعتق ولدها تبعا لها وأما على قول التعليق فلان العتق ان لم ينزل فقد انعقد سبب النزول فى احداهما فيسرى الى ولدها كالاستيلاد والكتابة ولو ماتت الامتان معا قبل الاختيار وقد ولدت كل واحدة منهما ولدا خير المولى فيختار عتق أى الولدين شاء لانهما لما ماتتا معا لم تتعين احداهما للحرية فحدث الولدان على وصف الام فيخير المولى فيهما كما كان يخير فى الام فان مات أحد الولدين قبل الآخر مع بقاء الامتين لا يلتفت الى ذلك ويخير المولى لانه لم يتعلق بموته تعيين اذ الحرية انما تتعين فيه بتعينها فى أمه وحكم التعيين فى الام قائم لان تعيينها ممكن فيخير المولى فيهما فايهما اختار عتقها فعتقت عتق ولدها ولو قتل الامتين معا رجل خير المولى فى الولدين لما قلنا فى الموت وأيهما اختار عتقه فعتق لا يرث من ارش أمه شيأ لانه انما عتق باختيار العتق فيه وذلك يتأخر عن الموت فلا يرث شيأ بل يكون الكل للمولى وهذا نص مذهب التعليق لان العتق لو كان نازلا فى احداهما لحدوثهما على وصف الام لكان الاختيار تعيينا لمن وقع عليه العتق فكان عتقه متقدما على موت الام فينبغى أن يرث والله عز وجل أعلم ولو وطئت الامتان بشبهة قبل اختيار المولى يجب عقر أمتين ويكون للمولى كالارش وهذا يؤيد قول التعليق اذ لو كان تنجيزا لكان الواجب عقر حرة وأمة ولكان نصف ذلك للامتين والنصف للمولى ولما كان كسبهما له والارش فالعقر أولى لانهما لا يملكان بدون ملك الاصل وقد يملك الكسب بدون ملك الاصل كالغاصب فلما كان الكسب له فالارش والعقر أولى ولو باعهما صفقة واحدة كان البيع فاسدا أما على قول التنجيز فظاهر لان العتق اذا نزل فى غير العين منهما صار جامعا بين حر وعبد فى البيع من غير بيان حصة كل واحد منهما الا انه غير جائز بالاجماع وأما على قول التعليق فلان حق الحرية قد ثبت وهو انعقاد سبب الحرية لاحدهما فيمنع جواز البيع كما لو جمع بين قن ومدبر فى البيع ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن ولو أنه باعهما صفقة واحدة وسلمهما الى المشترى فاعتقهما المشترى فيقال للبائع اختر العتق فى احدهما وأيهما اختار عتقه عتق الآخر على المشترى لان المشترى لما قبضهما بعقد فاسد فقد ملك أحدهما ونفذ اعتاقه فيه فاذا عين البائع أحدهما للعتق تعين الآخر للملك الفاسد فينفذ فيه اعتاق المشترى وانما بدئ بتخيير البائع لان التمليك منه حصل فى مجهول فما لم يتعين أحدهما للحرية لا يتعين الآخر للملك الفاسد فان مات البائع قبل البيان قامت الورثة مقامه ويقال لهم بينوا فان بينوا فى أحدهما عتق الآخر على المشترى ولا يقال ينبغى أن ينقسم العتق بموت المولى كما اذا مات قبل البيع لان شرط الانقسام أن لا يزول الملك عن أحدهما لاستحالة انقسام الحرية على الحر والملك قد زال عن أحدهما فتعذر الانقسام وبقى الخيار فقام الوارث مقام المورث فان قيل الخيار عندكم لا يورث

فكيف ورثتم هذا الخيار وهذا منكم تناقض فالجواب أن هذا الخيار لا يورث عندنا بل يثبت للورثة ابتداء لا بطريق الارث بل لانهم استحقوا قيمة أحد العبدين فكان لهم التعيين كما كان للبائع وهذا كما قالوا فيمن باع أحد عبديه على أنه بالخيار وقبضهما المشترى فماتا في يده ثم مات البائع ان لورثة البائع الاختيار ابتداء لا بطريق الارث كذا هذا فان لم يعتق المشترى حتى مات البائع لم ينقسم العتق فيهما حتى يفسخ القاضى البيع فاذا فسخه انقسم وعتق من كل واحد منهما نصفه وانما كان كذلك لما ذكرنا من فوات شرط الانقسام وهو عدم زوال الملك فى أحدهما والملك قد زال عن أحد العبدين فتعذر التقسيم والتوزيع الا ان البيع الفاسد واجب الفسخ حقا للشرع رفعا للفساد وفسخه بفعل القاضى أو بتراضى المتعاقدين فاذا فسخ عاد الى ملك البائع وشاع العتق فيهما وعتق من كل واحد منهما نصفه ولو وهبهما قبل الاختيار أو تصدق بهما أو تزوج عليهما يخير فيختار العتق فى أيهما شاء وتجوز الهبة والصدقة والامهار فى الآخر لان حرية أحدهما أو حق الحرية وهو انعقاد سبب الحرية فى أحدهما على اختلاف الكيفيتين لا يوجب بطلان هذه التصرفات ألا ترى أنه لو جمع فى الهبة أو فى الصدقة أو فى النكاح بين حر وعبد يصح فى العبد وكذا اذا جمع فيها بين مدبر وقن يصح فى القن وهذا لان الجمع بين الحر والعبد فى البيع انما يوجب فساد البيع لانه اذا جمع بينهما فقد جعل قبول البيع فى كل واحد منهما شرطا لصحة قبوله فى الآخر وانه شرط فاسد وهذه التصرفات لا تبطلها الشروط الفاسدة فان قيل اذا قبضهما الموهوب له أو المتصدق عليه أو المرأة فقد زال الملك عن أحدهما فكيف يخير المولى فالجواب أنا لا نقول بزوال الملك عن أحدهما قبل الاختيار بل زواله موقوف على وجود الاختيار فاذا تعين أحدهما للعتق باختياره العتق يزول الملك عن أحدهما وان مات المولى قبل أن يبين العتق فى أحدهما بطلت الهبة والصدقة فيهما وبطل امهارها لانه لما مات فقد شاع العتق فيهما والوجود شرط الشياع فيعتق من كل واحد منهما نصفه ومعتق البعض لا يحتمل التمليك من الغير ولو أسرهما أهل الحرب كان للمولى أن يختار عتق أحدهما ويكون الآخر لاهل الحرب لان أهل الحرب لم يملكوهما بالاسر لان أحدهما حر أو حق الحرية لاحدهما ثابت وكل ذلك يمنع من التملك بالاسر ولهذا لا يملكون المكاتب والمدبر بالاسر كما لا يملكون الحر واذا لم يملكا بالاسر بقيا على ملك المولى وله خيار العتق فاذا اختار أحدهما بقى الآخر عبدا فيملكه أهل الحرب فان لم يختر المولى حتى مات بطل ملك أهل الحرب بينهما لانه لما مات المولى شاعت الحرية وعتق من كل واحد منهما نصفه فتعذر التملك ولو أسر أهل الحرب أحدهما لم يملكوه لان أحدهما حر أو ثبت له حق الحرية وكل ذلك يمنع من التملك بخلاف ما اذا باع أحدهما لان بيعه اياه اختيار منه للملك فقد باع ملكه باختياره فصح ولو اشتراهما من أهل الحرب تاجر فالمولى أن يختار عتق أيهما شاء ويأخذ الآخر بحصته من الثمن لان الخيار كان ثابتا للمولى قبل البيع فاذا باعوا فقد ثبت للمشترى ما كان ثابتا قبل خيار العمل فاذا اختار عتق أحدهما صح ملك أهل الحرب والمشترى منهم فى الآخر فيأخذه بحصته من الثمن فان اشترى التاجر أحدهما فاختار المولى عتقه عتق وبطل الشراء لما ذكرنا أن ولاية الاختيار قائمة للمولى فان أخذه المولى من الذى اشتراه بالثمن عتق الآخر لان أخذه اياه اعادة له الى قديم ملكه فيتعين الآخر للعتق كانه أعتقه ولو قال فى صحته لعبديه أحدكما حر ثم مرض مرض الموت فاختار عتق أحدهما يعتق من جميع المال وان كانت قيمته أكثر من الثلث بان كانت قيمة أحدهما ألفا وقيمة الآخر ألفين فبين العتق فى الذى قيمته ألفان وهذا يدل على أن اضافة العتق الى المجهول ايقاع وتنجيز اذ لو كان تعليقا واقتصر العتق على حالة المرض ينبغى أن يعتبر من الثلث كما لو أنشأ العتق فى المرض والله عز وجل الموفق وللعبدين حق مخاصمة المولى فلهما أن يرفعانه الى القاضى ويستعديا عليه واذا استعديا عليه أعداهما القاضى وأمره القاضى بالبيان أعنى اختيار أحدهما وجبره عليه بالحبس لو امتنع أما على مذهب التنجيز فلان العتق نازل فى أحدهما منهما غير عين وكل واحد منهما يجوز أن يكون هو الحر والحرية حقه او له فيها حق وأما على مذهب التعليق فلان الحرية ان لم تثبت فى أحدهما فقد يثبت حق

الحرية أعنى انعقد سبب ثبوت الحرية من غير ثبوت الحرية أصلا وهذا حقه وله فيه حق والبيان طريق استيفاء هذا الحق فكان كل واحد منهما بسبيل من الخصومة والمطالبة بالبيان وانما كان البيان الى المولى لان الاجمال منه فكان البيان اليه كما فى بيان المجمل والمشترك فى النصوص وكمن أقر بشئ مجهول أو باع قفيزا من صبرة كان البيان اليه كذا هذا ثم البيان أنواع ثلاثة نص ودلالة وضرورة أما النص فنحو أن يقول المولى لاحدهما عينا اياك عنيت أو نويت أو أردت بذلك اللفظ الذى ذكرت أو اخترت أن تكون حرا باللفظ الذى قلت أو أنت حر بذلك اللفظ الذى قلت أو بذلك الاعتاق أو أعتقتك بالعتق السابق وغير ذلك من الالفاظ فلو قال أنت حر أو أعتقتك بالعتق السابق فان أراد به عتقا مستأنفا عتقا جميعا هذا بالاعتاق المستأنف وذاك باللفظ السابق لان انشاء العتق فى أحدهما قبل الاختيار اختيار العتق فى الآخر دلالة لما نذكر ان شاء الله تعالى وان قال عنيت به الذى لزمنى بقولى أحدكما حر يصدق فى القضاء ويحمل قوله أعتقتك على اختيار العتق أى اخترت عتقك وأما الدلالة فهى أن يخرج المولى أحدهما عن ملكه بالبيع أو بالهبة أو بالصدقة أو بانشاء العتق أو يرهن أحدهما أو يؤاجر أو يكاتب أو يدبر أو يستولدان كانت أمة لان الاصل ان من خير بين أمرين ففعل ما يستدل به على اختياره أحدهما يجعل ذلك اختيارا منه دلالة ويقوم ذلك مقام النص كانه قال اخترت والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لبريرة ان وطئك زوجك فلا خيار لك لما ان تمكينها زوجها من الوطء دليل اختيارها زوجها لا نفسها فصار هذا أصلا فى الباب وهذه التصرفات كلها فى أحدهما دليل اختيار العتق فى الآخر لان منها ما ينافى اختيار العتق المبهم فى المتصرف فيه وهى التصرفات المزيلة للملك ومنها ما لا ينافى اختيار العتق المبهم فى المتصرف فيه لكن اختيار العتق المبهم فيه يبطله وهو الرهن والاجارة والكتابة والتدبير والاستيلاد والعاقل يقصد صحة تصرفاته وسلامتها عن الانتقاض والبطلان فكان اقدامه على كلا النوعين من التصرفات فى أحدهما دليلا على اختياره العتق المبهم فى الآخر واختياره العتق المبهم فى أحدهما عينا شرط لنزول العتق فيه بالكلام السابق وهذا التخريج على قول من يقول ان العتق غير نازل فى العين فيهما فاما على قول من يقول بنزول العتق فى أحدهما غير عين فهو ان هذه التصرفات لا صحة لها بدون الملك فالاقدام عليها يكون اختيارا للملك فى المتصرف فيه فتعين الآخر فيعتق ضرورة من غير اختيار المولى نصا ودلالة كما اذا مات أحدهما قبل الاختيار أو قتل وسواء كان البيع بتا أو فيه خيار للبائع أو للمشترى أما على مذهب التنجيز فلانه لا صحة للبيع الا بالملك فكان اقدامه على بيع أحدهما اختيارا اياه للملك فيتعين الآخر للعتق ضرورة وأما على مذهب التعليق أما خيار المشترى فلا يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف فينافى اختيار العتق المبهم فيه وأما اختيار البائع فلان اختيار العتق المبهم يبطل شرط الخيار وسواء كان البيع صحيحا أو فاسدا اذا قبض المشترى لانه وقع مزيلا للملك فيتعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة وأما اذا لم يقبض فقد ذكر فى الاصل اذا باع أحدهما بيعا فاسدا أو قبض المشترى عتق الباقى ولم يذكر انه اذا لم يقبض ما حكمه وهكذا ذكر محمد فى الاملاء اذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض عتق الآخر عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعندنا ولم يذكر حال عدم القبض وذكر الجصاص ان القبض ليس بشرط ويتعين العتق فى الآخر سواء قبض المشترى أو لم يقبض وهكذا ذكر القدورى وقال قد ظهر القول من أصحابنا انه اذا ساوم باحد العبدين وقع العتق فى الآخر وهكذا روى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه لو أوصى باحدهما أو ساوم عتق الآخر ومعلوم أن المساومة دون البيع الفاسد فالسوم لما كان بيانا فالبيع أولى وبه تبين ان ذكر القبض فى الاصل ليس على سبيل الشرط بل وقع ذكره اتفاقا أو اشعارا انه مع القبض من التصرفات المزيلة للملك ولو علق عتق أحدهما عينا بشرط بان قال له ان دخلت الدار فانت حر عتق الآخر أما على مذهب التنجيز فلان التعليق بما سوى الملك وسببه لا يصح الا فى الملك فكان الاقدام على تعليق عتقه اختيارا للملك فيه فيتعين الآخر للعتق ضرورة

كما لو نجز العتق فى أحدهما وأما على مذهب التعليق فلان اختيار العتق المبهم فيه يبطل التعليق بالشرط فصار كما لو دبر أحدهما وذكر ابن سماعة عن محمد أنه اذا قال لاحدهما ان دخلت الدار فانت حر ثم قال أحدكما حر ثم دخل الذى علق عتقه بدخول الدار حتى عتق عتق الآخر لان ملك المولى زال عن أحدهما بالسبب من جهته فصار كما لو أعتقه ابتداء أو باعه ولو كان المملو كان أختين فوطئ المولى احداهما فان علقت منه عتقت الاخرى بالاجماع لانها صارت ام ولد له وقد ذكرنا ان الاستيلاد يكون معينا للعتق فى الاخرى وان لم تعلق لا تعتق الاخرى فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد تعتق وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه قال وكذلك لو قبل احداهما بشهوة أو لمس بشهوة أو نظر الى فرجها عن شهوة ولو استخدم احداهما لا تعتق الاخرى فى قولهم جميعا لان الاستخدام تصرف لا يختص بالملك اذ قد يستخدم الحرة (وجه) قولهما ان الظاهر من حال العاقل المتدين الاقدام على الوطء الحلال لا الحرام وحل الوطء لا يثبت الا باحد نوعى الملك ولم يوجد ههنا ملك النكاح فتعين ملك اليمين للحل واذا تعينت الموطوأة للملك تعينت الاخرى للعتق ولان الوطء لو لم يجعل بيانا فمن الجائز أن يقع اختياره على الموطوأة فيتبين أنه وطئ حرة من غير نكاح فيجعل الوطء بيانا ضرورة التحرج عن الحرام حالا ومآلا حتى لو قال احداكما مدبرة ثم وطئ احداهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك الاستمتاع فلا حاجة الى التحرز بالبيان ولهذا جعل الوطء بيانا فى الطلاق المبهم حتى لو قال لامرأتيه احداكما طالق فوطئ احداهما طلقت الاخرى كذا ههنا ولابى حنيفة أن كون الوطء بيانا للعتق فى غير الموطوأة يستدعى نزول العتق ليكون العتق تعيينا للمعتقة منهما والعتق بالكلام السابق غير نازل لما بينا من الدلائل وهكذا نقول فى الطلاق المبهم أنه غير واقع فى غير المعين منهما بل هو معلق بشرط الاختيار الا أن هناك جعل الوطء دلالة الاختيار ولم يجعل ههنا لان الوطء فى باب النكاح مستحق على الزوج شرعا لقوله عز وجل فامساك بمعروف أو تسريح باحسان قيل فى التفسير ان الامساك بالمعروف هو الوطء والنفقة واذا كان الوطء مستحقا بالنكاح عند اختيار الامساك فاذا قصد وطء احداهما صار مختارا لامساكها فيلزمه ايفاء المستحق شرعا ضرورة اختيار الامساك فيصير مختارا طلاق الاخرى والوطء فى الامة غير مستحق بحال فلا يكون وطء احداهما اختيارا للعتق فى الاخرى لو صار مختارا للامساك انما يصير ليقع وطؤه حلالا تحرجا عن الحرمة ووطؤه اياهما جميعا حلال وباختيار احداهما لا يظهر ان وطء الموطوأة كان حراما لان العتق ثبت حال الاختيار مقصورا عليها وأما الضرورة فنحو أن يموت أحد العبدين قبل الاختيار فيعتق الآخر لانه بالموت خرج من أن يكون محلا لاختيار العتق المبهم فتعين الآخر ضرورة من غير تعيين المولى لا نصا ولا دلالة وهذا يدل على أن العتق غير نازل اذ لو كان نازلا لما تعين الآخر للعتق لان التعيين للضرورة وهى ضرورة عدم المحل ولا ضرورة لان الميت كان محلا للبيان اذ البيان تعيين لمن وقع عليه العتق بالايجاب السابق وقت وجوده وكان حيا فى ذلك الوقت وهذا بخلاف ما اذا باع أحد عبديه على أن المشترى بالخيار ثلاثة أيام فمات أحدهما ان ملك المشترى يتعين فى الميت منهما ولا يتعين فى الحى لان هناك وجد المسقط للخيار فى الميت قبل الموت وهو حدوث العيب فيه اذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض عادة فحدوث العيب فيه يبطل خيار المشترى فيه فيتعين بالبيع فيتعين الحى للرد وههنا حدوث العيب فى أحدهما لا يوجب تعيينه للملك قبل الموت فيتعين للموت فيتعين الآخر للعتق ضرورة بخلاف ما اذا قال أحد هذين ابنى أو أحد هاتين أم ولدى فمات أحدهما لم يتعين الآخر للحرية والاستيلاد كذا روى ابن سماعة عن محمد لان قوله أحدهاتين أم ولدى أو أحد هذين ابنى ليس بانشاء بل هو اخبار عن أمر سابق والاخبار يصح فى الحى والميت فيقف على بيانه وقوله أحدكما حر أو أحد هذين حر انشاء للحرية فى أحدهما والانشاء لا يصح الا فى الحى فاذا مات أحدهما تعين الآخر للحرية وكذا اذا قتل أحدهما سواء قتله المولى أو أجنبى لما قلنا غير ان القتل ان كان من المولى فلا شئ عليه وان كان من الاجنبى فعليه قيمة العبد المقتول للمولى فان اختار المولى عتق المقتول لا يرتفع العتق عن الحى ولكن قيمة المقتول

تكون لورثته لان المولى قد أقر بحريته فلا يستحق شيأ من قيمته فان قطعت يد أحدهما لا يعتق الآخر سواء كان القطع من المولى أو من أجنبي لان القطع لا يقطع خيار المولى لبقاء محل الخيار بخلاف القتل فان قطع أجنبي يد أحدهما ثم بين المولى العتق فان بينه في غير المجني عليه فالارش للمولى بلا شك وان بينه في المجني عليه ذكر القدوري في شرحه ان الارش للمولى أيضا ولا شيء للمجني عليه من الارش وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان الارش يكون للمجني عليه وهكذا ذكر القاضي فيما اذا قطع المولى ثم بين العتق أنه ان بينه في المجني عليه يجب عليه أرش الاحرار ويكون للعبد وعلل بأنه أقر على نفسه بانه جنى على حر وان بينه في غير المجني عليه فلا شيء على المولى ولم يذكر القدوري هذا الفصل وانما ذكر فصل الاجنبي وما ذكره القاضي قياس مذهب التنجيز لان البيان يكون تعيينا لمن وقع عليه العتق فيتبين انه كان حرا وقت ورود الجناية عليه فيوجب ارش الاحرار على المولى للعبد وما ذكره القدوري قياس مذهب التعليق لان العتق ثبت وقت الاختيار مقصورا عليه فلا يظهر لان الجناية صادفت يد حر والله عز وجل أعلم ولو قال عبدي حر وليس له الا عبد واحد عتق لانه تعين بالايجاب فانصرف اليه فان قال لي عبد آخر عنيته لم يصدق في القضاء لانه اذا لم يعرف له عبد آخر انصرف ايجابه الى هذا العبد ظاهرا فلا يصدق في العدول عن الظاهر الا ببينة تقوم على أن له عبدا آخر ويصدق فيما بينه وبين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله لفظه ولو قال أحد عبيدي حر أو أحد عبدي حر وليس له الا عبد واحد عتق لان لفظة أحد لا تقتضي آحادا ألا ترى أن الله تعالى موصوف بانه أحد قال سبحانه وتعالى قل هو الله أحد ولا مثل له ولا شريك ولا أحد غيره في الازل وروى بشر عن أبي يوسف فيمن كان له ثلاثة أعبد فقال أحد عبيدي حر أحد عبيدي حر أحد عبيدي حر قال ذلك ثلاثا عتقوا لان أحدهم عتق باللفظ الاول لانه أحد عبيده وعتق الآخر باللفظ الثاني لهذا المعنى وقد بقي له عبدان فيعتق أحدهما وعتق الثالث باللفظ الثالث وان لم يبق الا عبد واحد كما لو قال ابتداء أحد عبيدي حر وليس له الا عبد واحد ولو قال أحدكم حر أحدكم حر أحدكم حر لم يعتق الا واحد لان أحدهم عتق باللفظ الاول ثم باللفظ الثاني جمع بين حر وعبدين فقال أحدكم حر لم يصح ثم باللفظ الثالث جمع بين عبد وحرين فلم يصح ذلك أيضا لانه يحمل على الاخبار وهو صادق فيما أخبر ولو قال لعبده أنت حر أو مدبر يؤمر بالبيان فان قال عنيت به الحرية عتق وان قال عنيت به التدبير صار مدبرا وهذا ظاهر فان مات قبل البيان والقول في الصحة عتق نصفه بالاعتاق البات ونصفه بالتدبير لشيوع العتقين فيه الا أن نصفه يعتق مجانا من جميع المال لانه يعتق بالاعتاق البات في حالة الصحة ونصفه يعتق من الثلث لانه يعتق بالتدبير والعتق بالتدبير يثبت من طريق الوصية فيعتبر من الثلث سواء كان التدبير في المرض أو في الصحة ان خرج من الثلث عتق كل النصف وان لم يكن له مال غيره عتق ثلث النصف مجانا لان هذا القدر لم يتعلق به حق الورثة ويسعى في ثلثي النصف وهو ثلث الكل ولو كانا عبدين فقال أحدكما حر أو مدبر يؤمر بالبيان فان مات قبل البيان ولا مال له غيرهما والقول في الصحة عتق نصف كل واحد منهما للشيوع الا أن الربع من كل واحد منهما يعتق مجانا من جميع المال لحصوله بالاعتاق البات في حالة الصحة والربع يعتق من أصوله بالتدبير ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته على كل حال ولو قال أنتما حران أو مدبران والمسئلة بحالها عتق نصف كل واحد منهما بالاعتاق البات ونصف كل واحد منهما بالتدبير وهذا كله اذا كان القول في الصحة فان كان في المرض يعتبر ذلك من الثلث ولو كان لرجل ثلاثة أعبد فقال هذا حر أو هذا وهذا عتق الثالث ويؤمر بالبيان في الاولين ولو قال هذا حر وهذا أو هذا عتق الاول ويؤمر بالبيان في الآخرين وكذلك هذا في الطلاق ووجه الفرق ان كلمة أو في الفصل الاول دخلت بين الاول والثاني فأوجبت حرية أحدهما غير عين ثم الثالث عطف على الحر منهما أيهما كان فصار كأنه قال أحدكما حر وهذا وفي الفصل الثاني أوجب الحرية للاول عينا ثم أدخل كلمة أو في الثاني والثالث فأوجبت حرية أحدهما غير عين فعتق الاول ويؤمر بالبيان في الثاني والثالث وهذا بخلاف ما اذا قال ان كلمت هذا

أو هذا او هذا فعبدى حر انه ان كلم الاول وحده حنث وان كلم الثانى أو الثالث وحده لا يحنث مالم يكلمهما جميعا ولو قال ان كلمت هذا او هذا أو هذا فعبدى حر فان كلم الثالث وحده حنث وان كلم الاول أو الثانى وحده لا يحنث مالم يكلمهما جميعاً لان فى الفصل الاول جعل شرط الحنث كلام الاول وحده أو كلام الثانى والثالث جميعاً لانه جعل الثالث معطوفا على الثانى بحرف العطف فقد أدخل كلمة أو بين الاول وحده وبين الثانى والثالث جميعاً وأما فى الفصل الثانى فقد جعل شرط الحنث كلام الاول والثانى جميعاً أو كلام الثالث وحده لانه عطف الثانى على الاول بحرف العطف وأدخل كلمة أو بين الاول والثانى جميعاً والثالث وحده والله عز وجل أعلم ولو اختلط حر بعبد كرجل له عبد فاختلط بحر ثم كل واحد منهما يقول أنا حر والمولى يقول أحدكما عبدى كان لكل واحد منهما أن يحلفه بالله تعالى ما يعلم أنه حر فان حلف لاحدهما ونكل للآخر فالذى نكل له حر دون الآخر وان نكل لهما فهما حران وان حلف لهما فقد اختلط الامر فالقاضى يقضى بالاختلاط ويعتق من كل واحد منهما نصفه بغير شئ ونصفه بنصف القيمة وكذا لو كانوا ثلاثة يعتق من كل واحد منهم ثلثه ويسعى فى ثلثى قيمته كذا ذكره الكرخى وكذلك لو كانوا عشرة فهو على هذا الاعتبار وهذا كرجل أعتق أحد عبديه بعينه ثم نسيه فان بين فهو على ما بين فان لم يبين وقال لا أدرى أيهما حر لا يجبر على البيان ولكن يعتق من كل واحد منهما نصفه مجانا ونصفه بنصف القيمة كذلك ههنا وأما النوع الثانى وهو ما يتعلق به بعد موت المولى فهو ان المولى اذا قال لعبديه أحدكما حر لا ينوى أحدهما بعينه ثم مات قبل الاختيار عتق من كل واحد منهما نصفه لانه وقع اليأس عن البيان والاختيار اذ لا يمكنه ذلك بنفسه وهذا الخيار لا يورث حتى يقوم الوارث فيه مقامه فيشيع العتق فيهما اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيعتق من كل واحد منهما نصفه مجانا ويسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته وفصل الشيوع دليل نزول العتق فى أحدهما اذ الثابت تشييع والموت ليس باعتاق علم ان الكلام السابق وقع تنجيزا للعتق فى أحدهما ثم فرق بين هذا الخيار وبين خيار التعيين فى باب البيع لانه الوارث هناك يقوم مقام الموت فى البيان وههنا لا ووجه الفرق ان هناك ملك المشترى أحد العبدين مجهولا اذ كل واحد منهما محل للملك فاذا مات فالوارث ورث منه عبدا مجهولا فيجرى الارث ثبت ولاية التعيين أما ههنا فأحدهما حر أو استحق الحرية وذلك يمنع جريان الارث فى أحدهما فيمنع ولاية التعيين هذا اذا كان المزاحم له محتملا للعتق وهو ممن ينفذ اعتاقه فيه فأما اذا كان ممن لا ينفذ اعتاقه فيه بأن جمع بين عبده وعبد غيره فقال أحدكما حر لا يعتق عبده الا بالنية لان قوله أحدكما يحتمل كل واحد منهما لان عبد الغير قابل للعتق فى نفسه ويحتمل لنفوذ الاعتاق فيه فى الجملة فلا ينصرف الى عبد نفسه الا بالنية وان كان المزاحم ممن لا يحتمل العتق أصلا كما اذا جمع بين عبده وبين بهيمة أو حائط أو حجر فقال أحدكما حر أو قال عبدى حر أو هذا او هذا فان عبده يعتق فى قول أبى حنيفة نوى أو لم ينو وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق الا بالنية وكذا اذا جمع بين عبده وبين ميت وقد ذكرنا الكلام فى هذه الجملة فى كتاب الطلاق وعلى هذا اذا جمع بين عبده وبين حر فقال أحدكما حر انه لا يعتق عبده الا بالنية لان صيغته صيغة الخبر فيحمل على الاخبار وهو صادق فى اخباره مع ما فى الحمل عليه تصحيح تصرفه وانه أصل عند الامكان فيحمل عليه الا اذا نوى فيحمل على الانشاء بقرينة النية والحر لا يحتمل انشاء الحرية فينصرف الى العبد ولو جمع بين عبده ومدبره فقال أحدكما حر لا يصير عبده مدبرا الا بالنية ويحمل على الاخبار كما فى الجمع بين الحر والعبد ولو جمع بين عبديه ومدبره فقال اثنان منكم مدبران صار أحد عبديه مدبرا ويؤمر بالبيان لان قوله اثنان منكم يصرف أحدهما الى المدبر ويكون اخبارا عن تدبيره اذ الصيغة للخبر فى الوضع وهو صادق فى هذا الاخبار والآخر يصرف الى أحد العبدين فيكون انشاء للتدبير فى أحدهما اذ لا يمكن حمله على الخبر لانه يكون كذبا فيحمل على الانشاء كانه قال للمدبر هذا مدبر وأحد العبدين مدبر فيؤمر بالبيان كما لو قال ذلك ابتداء لعبديه أحدكما مدبر فان مات المولى قبل البيان انقسم تدبير رقبة بين العبدين نصفين فيعتق المدبر المعروف من الثلث ويعتق نصف كل واحد من العبدين من

الثلث لان التدبير وصية والوصية تعتبر من الثلث سواء كان فى المرض أو فى الصحة وهذا كما لو جمع بين عبدين وحر فقال اثنان منكم حران انه يصرف أحدهما الى الاخبار عن حرية أحدهم والآخر الى انشاء الحرية فى أحد العبدين لا غير كأنه قال للحران هذا حر وأحد العبدين حر فيؤمر بالبيان فان مات قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه لشيوع العتق فيهما كذا هذا ولو كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج أحدهما ودخل الآخر فقال أحدكما حر فالكلام فى هذه المسئلة فى الاصل يقع فى موضعين أحدهما يتعلق فى حال الحياة والثانى يتعلق بحال الموت أما الاول فما دام المولى حيا يؤمر بالبيان ثم ان بدأ بالبيان للايجاب الاول فان عنى به الخارج عتق الخارج بالايجاب الاول وتبين ان ايجاب الثانى بين الثابت والداخل وقع صحيحا لوقوعه بين عبدين فيؤمر بالبيان لهذا الايجاب وان عنى بالايجاب الاول الثابت عتق الثابت بالايجاب الاول وتبين ان الايجاب الثانى وقع لغوا لحصوله بين حر وعبد فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه قال الكلام الثانى ينصرف الى الداخل وهذا غير سديد لان على قوله اذا جمع بين حر وعبد فقال أحدكما حر ينبغى ان ينصرف الى العبد وليس كذلك بالاجماع وان بدأ بالبيان للايجاب الثانى فان عنى به الداخل عتق الداخل عتق بالايجاب الثانى وبقى الايجاب الاول بين الخارج والثابت على حاله كما كان فيؤمر بالبيان كما كان وان عنى به الثابت عتق الثابت بالايجاب الثانى وعتق الخارج بالايجاب الاول لتعيينه للعتق باعتاق الثابت وأما الذى يتعلق بما بعد الموت فههنا حالان حال ما بعد موت العبدين وحال ما بعد موت المولى أما موت العبدين فان مات الخارج عتق الثابت بالايجاب الاول وتبين ان الايجاب الثانى وقع باطلا وان مات الثابت عتق الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثانى لان الثابت قد أعيد عليه الايجاب فعتقه يوجب تعيين كل واحد منهما للعتق وان مات الداخل يؤمر المولى بالبيان للايجاب الاول فان عنى به الخارج عتق الخارج بالايجاب الاول وبقى الايجاب الثانى بين الداخل والثابت فيؤمر بالبيان وان عنى به الثابت تبين ان الايجاب الثانى وقع باطلا وأما موت المولى قبل البيان فان كان القول منه فى الصحة يعتق من الخارج نصفه ومن الثابت ثلاثة أرباعه بلا خلاف بين أصحابنا واختلفوا فى الداخل قال أبو حنيفة وأبو يوسف يعتق من الداخل نصفه وقال محمد ربعه أما فى مسئلة الوفاق فلان المولى ان كان عنى بالايجاب الاول الخارج عتق كله ولم يعتق به الثابت وان كان عنى به الثابت عتق الثابت كله ولم يعتق به الخارج وكل واحد منهما يعتق فى حال ولا يعتق فى حال فيتنصف فيعتق من كل واحد منهما نصفه بالايجاب الاول ثم الثابت بالايجاب الثانى يعتق نصفه الباقى فى حال ولا يعتق فى حال فيتنصف ذلك النصف فيعتق ربعه بالايجاب الثانى وقد عتق نصفه بالايجاب الاول فيعتق ثلاثة أرباعه وأما مسئلة الخلاف فاما وجه قول محمد فهو ان الايجاب الثانى يصح فى حال ولا يصح فى حال لانه ان كان المولى عنى بالايجاب الاول الخارج يصح الايجاب الثانى لان الثابت يبقى رقيقا فيقع الايجاب الثانى جمعا بين العبدين فيصح وان كان عنى به الثابت لا يصح لانه يقع جمعا بين الحر والعبد فيلغو فيصح الايجاب الثانى فى حال ولم يصح فى حال فلا يثبت الا نصف حرية فيقسم بين الثابت والداخل فيصيب كل واحد منهما الربع ولهما ان الايجاب الثانى انما يدور بين الصحة والبطلان اذا نزل العتق بالايجاب الاول فى غير المعين منهما ولم ينزل لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم فكان الايجاب الثانى صحيحا فى الحالين جميعا فلما مات المولى قبل البيان أصاب الداخل من هذا الايجاب نصف حرية ثم ان كان عنى به الثابت عتق به النصف الباقى ولا يعتق الداخل وان كان عنى به الداخل عتق كله ولا يعتق شىء من النصف الباقى من الثابت فكل واحد منهما يثبت فى حال ولا يثبت فى حال فيتنصف فيعتق من الثابت ربعه ومن الداخل نصفه والدليل على ان ما ذكره محمد غير سديد ان الايجاب الثانى لو كان تردد بين الصحة وعدم الصحة لبطل أصلا ورأسا لان من جمع بين حر وعبد وقال أحدكما حر يبطل أصلا ورأسا ومحمد اعتبر الايجاب الثانى حيث قال بثبوت نصف حرية بين الثابت والداخل هذا

اذا كان القول منه فى الصحة فان كان فى المرض فان كان له مال آخر يخرجون من الثلث أو لا يخرجون لكن ان أجازت الورثة فكذلك الجواب وان لم يكن له مال سوى هؤلاء ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهم على قدر وصيتهم لان الاعتاق فى مرض الموت وصية والوصية نفاذها من الثلث فيضرب كل واحد منهم بمقدار وصيته فوصية الخارج نصف الرقبة ووصية الثالث ثلاثة أرباع الرقبة ووصية الداخل نصف الرقبة على أصلهما فيجعل كل واحد على أربعة أسهم لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان والثابت يضرب بثلاثة أرباع الرقبة وذلك ثلاثة أسهم والداخل يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان فتجمع وصاياهم فتصير سبعة أسهم فيجعل ثلث المال مبلغ الوصايا وذلك سبعة أسهم فيكون ثلثا المال أربعة عشر سهما ضرورة فيكون جميع المال أحد وعشرين فصار كل عبد سبعة أسهم لان ماله ثلاثة أعبد وقد صار ماله كله أحد وعشرين سهما فيخرج منه سهام العتق وسهام السعاية فالخارج يعتق منه سهمان من سبعة ويسعى فى خمسة أسهم والثابت يعتق منه ثلاثة أسهم من سبعة ويسعى فى أربعة أسهم والداخل يعتق منه سهمان من سبعة ويسعى فى خمسة أسهم كالخارج واذا صار سهام الوصايا سبعة تصير سهام الورثة أربعة عشر ضرورة فاستقام الثلث والثلثان وهذا التخريج على قولهما وأما على قول محمد فالخارج يضرب بسهمين والثابت بثلاثة والداخل بسهم فذلك ستة أسهم فصار ثلث المال ستة أسهم فيكون ثلثاه مثليه وذلك اثنى عشر فيصير جميع المال ثمانية عشر فصار كل عبد ستة أسهم يخرج منه سهام العتق وسهام السعاية فيعتق من الخارج سهمان ويسعى فى أربعة أسهم ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسعى فى ثلاثة ويعتق من الداخل سهم واحد ويسعى فى خمسة أسهم فصار للورثة اثنى عشر ولاصحاب الوصايا ستة فاستقام الثلث والثلثان والله عز وجل أعلم وأما الجهالة الطارئة بان أضاف صيغة الاعتاق الى أحدهما بعينه ثم نسيه فالكلام فى هذا الفصل أيضا فى موضعين أحدهما فى كيفية هذا التصرف والثانى فى الاحكام المتعلقة به أما الاول فلا خلاف فى ان أحدهما حر قبل البيان لان الصيغة أضيفت الى معين والمعين محل لنزول العتق فيه فكان البيان فى هذا النوع اظهارا وتعيينا لمن نزل فيه العتق وأما الثانى فالاحكام المتعلقة به ضربان أيضا ضرب يتعلق به فى حال حياة المولى وضرب يتعلق به بعد موته أما الاول فنقول اذا أعتق احدى جاريتيه بعينها ثم نسيها أو أعتق احدى جواريه العشرة بعينها ثم نسى المعتقة فانه يمنع من وطئهن واستخدامهن لان واحدة منهن حرة بيقين فكل واحدة يحتمل أن تكون هى الحرة ووطء الحرة من غير نكاح حرام فلو قرب واحدة منهن ربما يقرب الحرة فيمنع من ذلك صيانة عن الحرام والاصل فى هذا الباب ماروينا من حديث وابصة بن معبد رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الا ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه ولا يجوز أن يطأ واحدة منهن بالتحرى لما ذكرنا فى كتاب الطلاق فلو انه وطئ واحدة منهن فحكمه نذكره ههنا والحيلة فى ان يباح له وطؤهن ان يعقد عليهن عقد النكاح فتحل له الحرة منهن بالنكاح والرقيقة بملك اليمين ولو خاصم العبدان المولى الى القاضى وطلبا منه البيان أمره القاضى بالبيان ولو امتنع حبسه ليبين كذا ذكره الكرخى لان أحدهما حر بيقين والحرية حقه أوله فيها حق ولكل صاحب حق ان يطلب حقه واذا امتنع من الايفاء يجبر عليه ولو ادعى كل واحد منهما انه هو الحر ولا بينة له وجحد المولى فطلبا يمينه استحلفه القاضى لكل واحد منهما بالله عز وجل ما أعتقه لان الاستحلاف لفائدة النكول والنكول بذل أو اقرار والعتق يحتمل كل ذلك ثم ان نكل لهما عتقا لانه بذل لهما الحرية أو أقر بها لهما وان حلف لهما يؤمر بالبيان لان أحدهما حر بيقين وحريته لا ترتفع باليمين وما ذكرنا من رواية ابن سماعة عن محمد فى الطلاق يكون ذلك رواية فى العتاق وهو انهما اذا استحلفا فحلف المولى للاول يعتق الذى لم يحلف له لانه لما حلف للاول والله ما أعتقه فقد أقر برقه فيتعين الآخر للحرية كما اذا قال ابتداء لاحدهما عينا هذا عبد وان لم يحلف له عتق هو لانه بذل له الحرية أو أقر وان تشاحا فى اليمين حلف لهما جميعا بالله عز وجل ما أعتق واحدا منهما فان حلف

لهما فان كانا أمتين يحجب منهما حتى يبين لما ذكرنا ان حرية احداهما لا ترتفع بالحلف وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان المولى لا يجبر على البيان فى الجهالة الطارئة اذا لم يتذكر لما فيه من استرقاق الحر لان أحدهما حر بيقين بخلاف الجهالة الاصلية لان ثمة الحرية غير نازلة فى المحل فى أصح القولين فلم يكن فى البيان استرقاق الحر ثم البيان فى هذه الجهالة نوعان نص ودلالة أو ضرورة أما النص فنحو ان يقول المولى لاحدهما عينا هذا الذى كنت أعتقته ونسيت وأما الدلالة أو الضرورة فهى ان يقول أو يفعل ما يدل على البيان نحو ان يتصرف فى احدهما تصرفا لا صحة له بدون الملك من البيع والهبة والصدقة والوصية والاعتاق والاجارة والرهن والكتابة والتدبير والاستيلاد اذا كانتا جاريتين لان هذه التصرفات لا صحة لها الا فى الملك فكان اقدامه دليل اختياره الملك فى التصرف فيه وتعين الآخر للعتق وكذا اذا كانا أمتين فوطئ احداهما عتقت الاخرى بلا خلاف لان احداهما حرة بيقين فكان وطء احداهما تعيينا لها للرق والاخرى للعتق وتعيين الاخرى للعتق ضرورة انتفاء المزاحم بخلاف الجهالة الاصلية على أصل أبى حنيفة لان العتق غير نازل فى احداهما فكانت كل واحدة منهما حلال الوطء وان كن عشرا فوطئ أحداهن تعينت الموطوءة للرق حملا لامره على الصلاح وتعينت الباقيات لكون المعتقة فيهن دلالة أو ضرورة فيتعين البيان نصا أو دلالة وكذا لو وطئ الثانية والثالثة الى التاسعة فتتعين الباقية وهى العاشرة للعتق لان فعله يحمل على الجواز ولا جواز له الا فى الملك فكان الاقدام على وطئهن تعيينا لهن للرق والباقية للعتق أو تتعين الباقية ضرورة والاحسن أن لا يطأ واحدة منهن لاحتمال أن تكون الموطوأة هى الحرة فلو أنه وطئ فحكمه ما ذكرنا ولو ماتت واحدة منهن قبل البيان فالاحسن أن لا يطأ الباقيات قبل البيان لاحتمال أن تكون المعتقة فيهن فلو أنه وطئهن قبل البيان جاز لان فعل المسلم العدل محمول على الجواز ما أمكن وأمكن ههنا بان يحمل على أنه قد تذكر أن المعتقة منهن هى الميتة لان البيان فى هذا النوع من الجهالة اظهار وتعيين لمن نزلت فيه الحرية من الاصل فلم تكن الحياة شرطا لمحلية البيان وكان اقدامه على وطئهن تعيينا للميتة للعتق والباقيات للرق دلالة أو تتعين الباقيات للرق ضرورة بخلاف الجهالة الاصلية اذا ماتت واحدة منهن أن الميتة لا تتعين للحرية لان الحرية هناك غير نازلة فى احداهن وانما تنزل عند وجود الشرط وهو الاختيار مقصورا عليه والمحل ليس بقابل للحرية وقت الاختيار فهو الفرق ولو كانت اثنتين فماتت واحدة منهما لا تتعين الباقية للعتق لان الميتة لم تتعين للرق لانعدام دليل يوجب التعيين فلا تتعين الاخرى للعتق ضرورة فوقف تعيينها للعتق على البيان نصا أو دلالة اذ الميتة لم تخرج عن كونها محلا للبيان اذ البيان فى هذا النوع اظهار وتعيين بخلاف النوع الاول فى أصح القولين ولو قال المولى هذا مملوك وأشار الى أحدهما يتعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة ولو باعهما جميعا صفقة واحدة كان البيع فاسدا لانه باع حرا وعبدا صفقة واحدة ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن وكذا لو كانوا عشرة فباعهم صفقة واحدة ويفسخ البيع فى الكل ولو باعهم على الانفراد جاز البيع فى التسعة ويتعين العاشر للعتق كذا ذكر الكرخى لان بيع كل واحد منهم اختيار اياه للرق ويتعين الباقى للعتق دلالة أو يتعين ضرورة عدم المزاحم كما لو وطئ عشرة نفر لكل واحد منهم جارية فاعتق واحد منهم جاريته ولا يعرف المعتق فلكل واحد منهم أن يطأ جاريته وان يتصرف فيها تصرف الملاك لان الجهالة تمكنت فى الجانبين جميعا المعتق والمعتق فوقع الشك فى الطرفين فلا يزال اليقين بالشك بخلاف ما اذا كانت الجوارى لواحد فاعتق واحدة منهن ثم نسيها أنه يمنع من وطء الكل لان الجهالة هناك لم تقع الا فى أحد الجانبين فلم يقع الشك الا فى أحد الجانبين اذ المعتق على يقين من حرية احداهن وكل واحدة تحتمل أن تكون هى الحرة فيمنع من وطئهن ولو دخل الكل فى ملك أحدهم صار كأن الكل كن فى ملكه فاعتق واحدة منهن ثم جهلها وأما الثانى فهو أن المولى اذا مات قبل البيان يعتق من كل واحدة منهما نصفه مجانا بغير شىء ونصفه بالقيمة فتسعى كل واحدة منهما فى نصف قيمتها للورثة لما ذكرنا فى الجهالة الاصلية والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يظهر به حكمه فالمظهر له شيئان أحدهما الاقرار والثاني البينة أما الاول فلا شك ان الاقرار من المولى باعتاق عبده يظهر به العتق لان الظاهر ان الانسان لا يقر على نفسه كاذبا فيصدق في اقراره على نفسه ولا يقبل على غيره لكونه شهادة على الغير وشهادة الفرد غير مقبولة ولو أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه عتق عليه لان اقراره على نفسه مقبول ولا يقبل على غيره لكونه شهادة على الغير وشهادة الفرد غير مقبولة فاذا اشتراه فقد زال المانع من تقييده في حقه فيعتق عليه وأما البينة فجملة الكلام فيها أنه لا خلاف في أنها تقبل على عتق المملوك اذا ادعى المملوك العتق وأنكر المولى سواء كان المملوك عبدا أو جارية فاما اذا لم يدع وأنكر العتق والمولى أيضا منكر فهل تقبل الشهادة على عتقه من غير دعواه فان كان المملوك جارية تقبل بالاجماع وان كان عبدا لا تقبل في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد تقبل من أصحابنا من حمل المسئلة على أن عتق العبد حق العبد عند أبي حنيفة والشهادة على حقوق العباد لا تقبل من غير دعواهم كالاموال وسائر حقوق العباد وعندهما هي حق الله تعالى والشهادة على حقوق الله عز وجل مقبولة من غير دعوى أحد كالشهادة على اعتاق الانسان أمته وتطليقه امرأته والشهادة على أسباب الحدود الخالصة لله عز وجل من الزنا والشرب والسكر الا السرقة فانه شرط فيها الدعوى لتحقق السبب اذ لا يظهر كون الفعل سرقة شرعا بدون الدعوى لما نذكر في كتاب السرقة فنتكلم في المسئلة بناء وابتداء أما البناء فوجه قولهما ان في الاعتاق تحريم الاسترقاق وحرمة الاسترقاق حق الله تعالى قال النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أنا خصمهم ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة وذكر من جملتها رجلا باع حرا وأكل ثمنه وكذا يتعلق به اهلية وجوب حقوق الله عز وجل من الكفارات والزكوات والجمع والجماعات فثبت أن العتق حق الله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى لقبول الشهادة القائمة عليه كما في عتق الامة وطلاق المرأة وكما في الحدود الخالصة وكذا الاحكام تدل على أن الدعوى ليست بشرط فان الشهادة على حرية الاصل للعبد تقبل من غير دعواه وكذا الشهادة على نسب صبي صغير من رجل وأنكر الرجل وكذا الشهادة على المولى باستيلاد جاريته وهما منكران وكذا التناقض في العتق لا يمنع صحة الدعوى بان قال عبد لانسان اشترني فاني عبد فلان فاشتراه ثم ادعى العبد حرية الاصل تسمع دعواه ولو كانت الدعوى فيه شرطا لكان التناقض مانعا من صحة الدعوى كما في سائر الدعاوى ولابي حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق والعتق في عرف اللغة والشرع اسم لقوة حكمية تثبت للعبد تندفع بها يد الاستيلاء والتملك عنه والقوة حقه اذ هو المنتفع بها مقصودا ألا ترى أنه هو الذي يتضرر بانتفائها مقصودا بالاسترقاق وكذا التحرير اثبات الحرية والحرية في متعارف الشرع واللغة تنبئ عن خلوص نفس العبد له عن الرق والملك وذلك حقه لانه هو المنتفع به دون غيره مقصودا وحق الانسان ما ينتفع هو به دون غيره فاذا ثبت أن العتق حق العبد فالشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل من غير دعواه كسائر الشهادات القائمة على سائر حقوق العباد والجامع بينهما من وجهين أحدهما أن المشهود به اذا كان حقا للعبد كان العبد مشهودا له فاذا أنكر فقد كذب شهوده والمشهود له اذا أكذب شهوده لا تقبل شهادتهم له والثاني ان انكار المشهود له حقه مع حاجته الى استيفاء حقه لينتفع به يوجب تهمة في الشهادة لان المشهود به لو كان ثابتا لتبادر الى الدعوى ولا شهادة لمتهم وأما قوله في الاعتاق تحريم الاسترقاق فنقول الاعتاق لا ينبئ عن ذلك وانما ينبئ عن اثبات القوة والخلوص على ما بينا وذلك حقه ثم اذا ثبت حقه بالاعتاق حرم الاسترقاق لما فيه من ابطال حقه وهذا لا يدل على أن حرمة الاسترقاق حق الله عز وجل ألا ترى ان سائر الحقوق الثابتة للعباد يحرم ابطالها ولا يدل على أن حرمة ابطالها حق الله تعالى على أنا ان سلمنا ان في العتق حق الله تعالى فالمقصود حاصل لانه من حيث انه حق الله تعالى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى العبد ومن حيث انه حق العبد لا تقبل فدارت الشهادة بين القبول وعدم القبول فلا تقبل مع الشك ولهذا لم تقبل الشهادة على القذف من غير دعوى المقذوف وان كان حد القذف حق الله تعالى من وجه وحق العبد من وجه كذا ههنا وأما الاحكام فاما عتق الامة فثمة هكذا نقول ان تلك الشهادة لا تقبل على العتق

من حيث ذات العتق لما قلنا فى العبد وانما تقبل من حيث ان عتق الأمة حق الله تعالى على الخلوص من حيث انه سبب لتحريم الفرج و وسيلة اليه والشىء من حيث التسبب والتوسل غير ومن حيث الذات غير كما قلنا فى كفر المحارب انه يوجب القتل من حيث انه سبب للحراب لا من حيث ذاته بل ذات الكفر غير موجب لانهما غيران كذا هذا ألا ترى أنه ينفصل أحدهما عن الآخر فان العتق قد لا يكون وسيلة الى تحريم الفرج وهو عتق العبد ثم متى قبلت على العتق من حيث انه سبب حرمة الفرج تقبل من حيث ذات العتق وكذا فى طلاق المرأة من غير دعواها وليس للعتق فى محل النزاع سببية تحريم الفرج فلو قبل لقبل على ذات العتق ولا وجه اليه لما بينا فانه قيل ما ذكرتم من العذر فى فصل الامة والطلاق لا يصح لان الشهادة على عتق الامة المجوسية والاخت من الرضاعة مقبولة من غير دعوى وهذه الشهادة لا تتضمن حرمة الفروج لان الحرمة كانت ثابتة قبل ذلك وكذا الشهادة على الطلاق الرجعى والطلاق المضاف الى الملك يقبل من غير دعوى ولا تتضمن هذه الشهادة تحريم الفرج فالجواب أن من أصحابنا من يمنع المسئلتين الاولتين فقالوا لا تقبل الشهادة فيهما من غير دعوى لانها لا تتضمن تحريم الفرج ومنهم من سلم مسئلة المجوسية ومنع مسئلة الاخت من الرضاعة وفرق بينهما من حيث ان وطء الامة المجوسية مملوك للمولى وانما منع من الاستيفاء لخبثها كما يمنع من الوطء حالة الحيض ولهذا لو وطئها لا يسقط احصانه و بعد العتق لو وطئها يسقط احصانه فالشهادة على عتقها تضمنت تحريم الفرج فقبلت من غير دعوى فأما الاخت من الرضاعة فحرام الوطء حقيقة حتى لو وطئها يسقط احصانه مع قيام ملك اليمين والمعتبر فى الباب تحريم الفرج لا الانوثة والشهادة على النسب قط لا تقبل من غير دعوى وفيما ذكر من المسئلة وهى ما اذا كان صغيرا فلا تقبل عند أبى حنيفة ما لم ينصب القاضى خصما عن الصغير ليدعى النسب له بطريق النيابة شرعا نظرا للصغير العاجز عن احياء حقه بنفسه والقاضى نصب ناظرا للمسلمين وكان ذلك شهادة على خصم وأما الاستيلاد فهو سبب لتحريم الفرج والدعاوى فى الجملة لانه يوجب حقيقة الحرية عند الموت والحرمة لازمة للحرية حتى لا يباح لها مس المولى وغسله بسبب الحرية فكان الاستيلاد فى الحال سببا لثبوت الحرية فكان سببا لحق الله تعالى فى الحال فيقام السبب مقام الحقيقة فى حق التحريم احتياطا وهو الجواب عن الطلاق الرجعى والطلاق المضاف الى الحرية ثمة ثبت فى الجملة أيضا عند وجود زوال الحل فيعتبر السبب قائما مقام المسبب فى حق الحرمة احتياطا وأما الابتداء فوجه قولهما ان عدالة الشاهد دلالة صدقه فى شهادته من حيث الظاهر فيثبت المشهود به ظاهرا والقاضى مكلف بالقضاء بالظاهر فكان ينبغى أن لا تشترط الدعوى لقبول الشهادة أصلا ولهذا لم تشرط فى عتق الامة وطلاق المرأة وأسباب الحدود الا أنا عرفنا اشتراطها فيما وراء العتق من حقوق العباد بالاجماع فيقتصر على مورد الاجماع (وجه) قول أبى حنيفة ان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب محتمل للكذب فلا يفيد العلم للقاضى بالمشهود به والاصل أن لا يجوز القضاء بما لا علم للقاضى به و بما ليس بثابت قطعا لقوله عز وجل ولا تقف ما ليس لك به علم وانه اسم للثابت قطعا وقوله سبحانه وتعالى ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم فكان ينبغى أن لا يجوز القضاء به أصلا الا أن الشرع جاء بالجواز لحاجة العباد الى دفع الفساد وهو المنازعة القائمة بينهما بالدعوى والمنازعة سبب الفساد أو لدفع فساد الزنا كما فى حد الزنا وعتق الامة وطلاق المرأة أو لدفع فساد السكر فى حد الشارب والسكر فالحق المحتمل بالمتيقن أو اكتفى بظاهر الصدق مع الاحتمال دفعا للفساد فبقى الحكم فيما وراء ذلك على الاصل وعلى هذا شاهدان شهدا على رجل أنه أعتق أحد عبديه والعبدان يدعيان العتق أو يدعيه أحدهما فان شهدا فى حال حياة المولى وصحته لا تقبل شهادتهما فى قول أبى حنيفة وعندهما تقبل لان الدعوى شرط قبول الشهادة على عتق العبد عنده والمدعى مجهول فجهالة المدعى منعته صحة الدعوى فامتنع قبول الشهادة وعندهما الدعوى ليست بشرط فجهالة المدعى لا تكون أقل من عدم الدعوى فلا تمنع قبول الشهادة فتقبل و يجبر على البيان وان شهدا بعد وفاته على أنه

أعتق أحدهما في حال صحته فهو على هذا الخلاف وان شهدا على ذلك وهو مريض فمات أو شهدا بعد موته على أنه قال ذلك في المرض لا تقبل في قياس قول أبي حنيفة وفي الاستحسان تقبل ولا خلاف في أنهما اذا شهدا على أنه طلق احدى امرأتيه تقبل ويخير فيختار طلاق احداهما وجه قياس قول أبي حنيفة ماذكرنا ان الدعوى شرط والمدعي مجهول وجه الاستحسان أن المدعي ههنا معلوم لان الاعتاق في مرض الموت وصية والخصم في تنفيذ الوصية هو الموصى فكان الميت المشهود له لوقوع الشهادة له فكان المدعي معلوما فجازت الشهادة له بخلاف حال الصحة فان الشهادة هناك وقعت لاحد العبدين فكان المشهود له مجهولا فلم تجز الشهادة ولان المولى لما مات فقد شاع العتق فيهما جميعا فصار كل واحد منهما خصما في حق نفسه متعينا فتقبل الشهادة بخلاف حال الحياة والصحة وكذلك جواب أبي حنيفة في هذه المسئلة في الامتين بأن شهدا بأنه أعتق احدى أمتيه انها لا تقبل لان انعدام اشتراط الدعوى بقبول الشهادة على عتق الامة لكونه سببا لحرمة الفرج وهي حق الله تعالى ولا تثبت حرمة الفرج بالعتق المبهم عند أبي حنيفة فكان الجواب في العبدين والامتين ههنا عنده على السواء بخلاف ما اذا شهدا على أنه طلق احدى امرأتيه انها تقبل لانها قامت على سبب حرمة الفرج والدعوى فيها ليست بشرط ولو شهدا ان أحد هذين الرجلين أعتق عبده فلا نالم تجز شهادتهما لان المدعى عليه مجهول ولو شهدا أنه أعتق عبد الله وسماه ونسيناه ان الشهادة باطلة لان الشاهد اذا نسي ما تحمل لا تقبل شهادته ولو شهدا أنه أعتق عبده سالما ولا يعرفان سالما وله عبد اسمه سالم ليس له غيره تقبل شهادتهما ولو شهدا به في البيع لا تقبل ووجه الفرق ان البيع لا يحتمل الجهالة أصلا والعتق يحتمل ضربا من الجهالة ألا ترى أنه لا يجوز بيع أحد العبدين ويجوز اعتاق أحد العبدين ولو اختلف الشاهدان في الشرط الذي علق به العتق لم تجز شهادتهما لانهما شهدا بعقدين كل عقد لا يثبت الا بشهادة شاهدين ولم يوجد والاصل فيه انه اذا اختلفت شهادة الشاهدين فان كان ذلك في دعوى العتق لا تقبل أصلا وان كان في دعوى المال ففيه تفصيل ووفاق واختلاف نذكر ذلك كله في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب التدبير ﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع فيما ذكرنا في كتاب العتق وهو بيان ركن التدبير وبيان شرائط الركن وبيان صفة التدبير وبيان حكم التدبير ووقت ثبوت حكمه وبيان ما يظهر به التدبير

﴿ فصل ﴾ أما الاول فركن التدبير هو اللفظ الدال على معنى التدبير لغة وهو اثبات العتق عن دبر ثم اثبات العتق عن دبر نوعان مطلق ومقيد أما المطلق فهو أن يعلق الرجل عتق عبده بموته مطلقا وله ألفاظ قد تكون بصريح اللفظ مثل أن يقول أنت مدبر أو دبرتك وقد تكون بلفظ التحرير والاعتاق نحو أن يقول أنت حر بعد موتي أو حررتك بعد موتي أو أنت معتق أو عتيق بعد موتي أو أعتقتك بعد موتي وكذا اذا قال أنت حر عند موتي أو مع موتي أو في موتي هو بمنزلة قوله بعد موتي لان عند كلمة حضرة فعند الموت يستدعي وجود الموت فيكون موته بمعنى الشرط ومع للمقارنة ومقارنة الشئ يقتضي وجودهما وفي للظرف فاذا دخل ما لا يصلح ظرفا يجعل شرطا كما اذا قال لعبده أنت حر في دخولك الدار وقد يكون بلفظ اليمين بأن يقول ان مت فأنت حر أو يقول اذا مت أو متى مت أو متى ما مت أو ان حدث بي حدث أو متى حدث بي لانه علق العتق بالموت مطلقا وكذا اذا ذكر في هذه الالفاظ مكان الموت الوفاة أو الهلاك ولو قال ان مات فلان فأنت حر لم يكن مدبرا لانه لم يوجد تعليق عتق عبده بموته فلم يكن هذا تدبيرا بل كان تعليقا بشرط مطلق كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك وقال أبو يوسف لو قال أنت حر ان مت أو قتلت فليس بمدبر وقال زفر هو مدبر لانه علق عتقه بالموت وأنه كائن لا محالة ولابي يوسف ان علق بأحد الامرين فلا يصير مدبرا

كما لو قال ان مت أو مات زيد ولو قال ان مت وفلان فأنت حر أو قال أنت حر بعد موتي وموت فلان أو قال بعد موت فلان وموتي لم يكن مدبرا الا أن يموت فلان قبله فيصير حينئذ مدبرا وانما لا يصير مدبرا بالحال لانه يحتمل أن يموت المولى أولا فلا يعتق لانه علق العتق بشرطين بموته وموت فلان فلا يعتق بموته وحده ويصير العبد ميراثا فبعد ذلك ان مات فلان و وجد الشرط الآخر فانما وجد بعد ما انتقل الملك الى الورثة ويحتمل أن يموت فلان فيصير مدبرا ويعتق بموت المولى فكان هذا كالتدبير المقيد ثم ينظر ان مات المولى أولا فقد صار العبد ميراثا للورثة لما بينا وان مات فلان أولا فقد صار مدبرا لان التدبير صار مطلقا وصار العبد بحاله يعتق بموت المولى ثم استشهد في الاصل فقال ألا ترى أنه لو قال أنت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتي فكلم فلانا كان مدبرا وكذلك قوله اذا كلمت فلانا فأنت حر بعد موتي فكلمه صار مدبرا لانه بعد الكلام صار التدبير مطلقا فكذا هذا وقد يكون بلفظ الوصية وهو أن يوصي لعبده بنفسه أو برقبته أو بعتقه أو يوصيه بوصية يستحق من جملتها رقبته أو بعضها نحو أن يقول له أوصيتك بنفسك أو برقبتك أو بعتقك أو كل ما يعبر به عن جملة البدن لان الموصي يزيل ملكه بالوصية ثم ان كان الموصى له ممن يحتمل الملك يزول الملك اليه والا فيزول لا الى أحد والحر لا يحتمل أن يملك نفسه لما فيه من الاستحالة فكانت الوصية له بنفسه ازالة الملك لا الى أحد وهذا معنى الاعتاق فبهذا الطريق جعل بيع نفس العبد وهبتها له اعتاقا كذا هذا فيصير في معنى قوله أنت حر بعد موتي وكذا لو قال له أوصيت لك بثلث مالي لان رقبته من جملة ماله فصار موصى له بثلثها ولان هذا ازالة الملك من الثلث لا الى أحد فيكون اعتاقا وروى بشر عن أبي يوسف فيمن أوصى لعبده بسهم من ماله أنه يعتق بعد موته ولو أوصى له بجزء من ماله لم يعتق ووجه الفرق ان السهم عبارة عن السدس فاذا أوصى له بسدس ماله فقد دخل سدس رقبته في الوصية فاما اسم الجزء فلا يتضمن الوصية بالرقبة لا محالة فكان الخيار فيه الى الورثة فلهم التعيين فيما شاءوا والله عز وجل أعلم وأما المقيد فهو ان يعلق عتق عبده بموته موصوفا بصفة أو بموته وشرط آخر نحو أن يقول ان مت من مرضي هذا أو في سفري هذا فأنت حر أو يقول ان قتلت فأنت حر أو ان غرقت فأنت حر أو ان حدث بي حدث من مرضي هذا أو من سفري هذا فأنت حر ونحو ذلك مما يحتمل أن يكون موته على تلك الصفة ويحتمل أن لا يكون وكذا اذا ذكر مع موته شرطا آخر يحتمل الوجود والعدم فهو مدبر مقيد وحكمه يذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لو قال اذا مت ودفنت أو غسلت أو كفنت فأنت حر فليس بمدبر يريد به في حق الاحكام المتعلقة بالتدبير في حال حياة المدبر لانه علق العتق بالموت وبمعنى آخر فلم يكن مدبرا مطلقا فان مات وهو في ملكه استحسنت أن يعتق من الثلث والقياس أن لا يعتق كما لو قال اذا مت فدخلت الدار فأنت حر فمات المولى فدخل العبد الدار انه لا يعتق كذا هذا لكنه استحسن وقال يعتق من الثلث لانه علق العتق بالموت وبما هو من علائقه فصار كما لو علقه بموت نصفه فكان حكمه حكم المدبر المقيد بخلاف قوله اذا مت فدخلت الدار لان دخول الدار لا تعلق له بالموت فلم يكن تعليقا بموت نصفه فلم يكن تدبيرا أصلا بل كان يمينا مطلقا فيبطل بالموت كسائر الايمان ثم التدبير قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بشرط أما المطلق فما ذكرنا وأما المعلق فنحو أن يقول ان دخلت الدار أو ان كلمت فلانا أو اذا قدم زيد فأنت مدبر لان التدبير اثبات حق الحرية وحقيقة الحرية تحتمل التعليق بالشرط فكذا في حق التدبير وذكر محمد في الاصل اذا قال أنت حر بعد موتي ان شئت فان نوى بقوله ان شئت الساعة فشاء العبد في ساعته تلك صار مدبرا لانه علق التدبير بشرط وهو المشيئة وقد وجد الشرط فيصير مدبرا كما اذا قال ان دخلت الدار فأنت مدبر وان عنى به مشيئته بعد الموت فليس للعبد مشيئة حتى يموت المولى لانه علق العتق بشرط يوجد بعد الموت فاذا وجد قبله لا يعتبر فان مات المولى فشاء عند موته فهو حر من ثلثه كذا ذكره في الاصل وذكر الحاكم في مختصره ان المراد منه أن يعتقه الوصي أو الوارث لان العتق ههنا لم يتعلق بالموت وانما تعلق به وبأمر آخر بعده فيصير بمنزلة الوصية بالاعتاق فيجب أن لا يعتق

مالم يعتق وكذا ذكر الجصاص أنه لا يعتق حتى يعتقه الورثة لما قلنا وروى ابن سماعة وعيسى بن أبان وأبو سليمان عن محمد فيمن قال لرجل اذا مت فأعتق عبدى هذا ان شئت أو قال اذا مت فأمر عبدى هذا بيدك ثم مات فشاء الرجل عتقه فى المجلس أو بعد المجلس فله أن يعتقه لان هذا وصية بالاعتاق والوصايا لا يتقيد القبول فيها بالمجلس وكذا ان قال عبدى هذا حر بعد موتى ان شئت فشاء بعد موته فى المجلس أو بعد المجلس فقد وجبت الوصية لما ذكرنا ان الوصية لا يتقيد قبولها بالمجلس ولا يعتق العبد حتى يعتقه الورثة أو الوصى أو القاضى وهذا يؤيد قول الحاكم والجصاص لانه لا فرق بين المسئلتين سوى أن هناك علق بمشيئة العبد وههنا علق بمشيئة الاجنبى وكذلك لو قال لعبده أنت حر ان شئت بعد موتى فمات المولى وقام العبد من مجلسه الذى علم فيه بموت المولى أو أخذ فى عمل آخر فان ذلك لا يبطل شيأ مما جعله اليه لما ذكرنا ان هذا وصية بالاعتاق وليس بتمليك والوصية لا يقف قبولها على المجلس وأما المضاف الى وقت فنحو أن يقول أنت مدبر غدا أو رأس شهر كذا فاذا جاء الوقت صار مدبرا لان التدبير اثبات حق الحرية فيحتمل الاضافة كاثبات حقيقة الحرية ولهذا احتمل التعليق بالشرط كذا الاضافة وقد روى بشر عن أبى يوسف فيمن قال لعبده أنت حر بعد موتى بشهر فليس بمدبر ولا يعتق الا أن يعتق وروى ابن سماعة عن محمد أنه قال القياس أن يكون باطلا ألا ترى أنه لو جنى قبل الشهر دفع بالجناية ولو لحقه دين بيع فيه ووجه القياس ما ذكرنا انه لما علق العتق بمضى شهر بعد الموت فكما مات انتقل الملك فيه الى الورثة ولم يبق الا مضى الزمان وهو الشهر فلا يحتمل ثبوت العتق به فيبطل الا أنهم استحسنوا فجعلوه وصية بالاعتاق لان تصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن وأمكن حمله على الوصية بالاعتاق بعد مضى شهر بعد الموت فيحمل عليها ولو قال أنت حر قبل موتى بشهر فليس بمدبر لانه ما أضاف العتق الى الموت أصلا بل أضافه الى زمان موصوف بأنه قبل موته بشهر من وقت التكلم وهذا أيضا يحتمل الوجود والعدم لجواز أن يموت قبل تمام الشهر من وقت الكلام فلا يكون مدبرا للحال واذا مضى شهر قبل موت المولى وهو فى ملكه ذكر الكرخى فى مختصره أنه مدبر فى قول أبى حنيفة وزفر وعند أبى يوسف ومحمد ليس بمدبر وعلل القدورى لابى حنيفة انه لما مضى شهر صار كانه قال عند مضى الشهر أنت حر بعد موتى وذكر فى الجامع أنه لا يكون مدبرا ويجوز بيعه ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح أما على قول أبى حنيفة فلان المدبر اسم لمن علق عتقه بمطلق موت المولى وههنا ما أضاف العتق الى الموت أصلا بل أضافه الى أول الشهر وكذا حكمه عند أبى حنيفة يثبت من أول الشهر بطريق الظهور أو يستند اليه والثابت بالتدبير يقتصر على حالة الموت ولا يستند وبهذا تبين ان ما ذكره القدورى من التعليل لابى حنيفة غير سديد وأما على قولهما فقد ذكر فى النوادر ان عندهما يصير مدبرا مطلقا ووجهه انه لما مضى الشهر ظهر ان عتقه تعلق بمطلق موت المولى فصار كانه قال عند مضيه أنت حر بعد موتى فصار مدبرا مطلقا وأما على ظاهر الرواية منهما فلا يصير مدبرا لانه ما علق عتقه بالموت بل بشهر ومتصل بالموت فيصير كانه قال أنت حر قبل موتى بساعة ولو قال يوم أموت فأنت حر أو أنت حر يوم أموت فان نوى به النهار دون الليل لم يكن مدبرا لانه نوى حقيقة كلامه اذ اليوم اسم لبياض النهار لغة ويجوز أن يموت بالليل لا بالنهار فلا يكون هذا مدبرا مطلقا وان عنى به الوقت المبهم فهو مدبر لان اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ومن ولى بالليل لحقه الوعيد المذكور وروى الحسن عن أبى حنيفة فيمن قال ان مت الى سنة أو الى عشر سنين فأنت حر فليس بمدبر لانه علق عتقه بموت بصفة تحتمل الوجود والعدم فان قال ان مت الى مائة سنة ومثله لا يعيش الى ذلك الوقت فى الغالب فهو مدبر لان موته فى تلك المدة كائن لا محالة وروى هشام عن محمد فيمن قال أنت مدبر بعد موتى فهو مدبر الساعة لانه أضاف التدبير الى ما بعد الموت والتدبير بعد الموت لا يتصور فيلغو قوله بعد موتى فيبقى قوله أنت مدبر أو يجعل قوله أنت مدبر أى أنت حر فيصير كانه قال أنت حر بعد موتى ولو قال أنت حر بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت كذا ذكر فى الجامع الصغير وهذا جواب ظاهر

الرواية وروى عن أبى يوسف ان القبول فى هذا على حالة الحياة لا بعد الموت فاذا قبل فى المجلس صح التدبير وصار مدبرا ولا يلزمه المال واذا مات عتق ولا شىء عليه (وجه) قوله ان هذا ايجاب العتق فى الحال بعوض الا أن العتق يتأخر الى ما بعد الموت فكان القبول فى المجلس كما اذا قال له ان شئت فأنت حر رأس الشهر تعتبر المشيئة فى المجلس لثبوت الحرية رأس الشهر كذا ههنا فاذا قبل فى المجلس صح التدبير ولا يلزمه المال لان المدبر مملوك للمولى مطلقا فلا يجب عليه للمولى دين واذا مات عتق لوجود شرط العتق وهو الموت ولا يلزمه المال لانه لم يلزمه وقت القبول فلا يلزمه وقت العتق وجه ظاهر الرواية انه أضاف الايجاب الى ما بعد الموت فيكون القبول بعد الموت اذ القبول بعد الايجاب يكون ولان الاعتاق بعد الموت وصية بدليل اعتباره من الثلث وقبول الوصايا بعد الموت واذا كان القبول بعد الموت لا يعتبر قبوله فى حال الحياة وانما يعتبر بعد الموت فاذا قبل بعد الموت فهل يعتق بعد الموت بنفس القبول أو لا يعتق الا باعتاق الوارث أو الوصى أو القاضى لم يذكر هذا فى الجامع الصغير ولو قال أنت مدبر على ألف فقبل فهو مدبر والمال ساقط كذا ذكر الكرخى لانه علق التدبير بشرط وهو قبول المال فاذا قبل صار مدبرا والمدبر على ملك المولى فلا يجوز أن يلزمه دين لمولاه فسقط وروى بشر عن أبى يوسف فى نوادره فيمن قال لعبده أنت مدبر على ألف قال أبو حنيفة ليس له القبول الساعة وله أن يبيعه قبل أو لم يقبل فان مات وهو فى ملكه فقال قد قبلت أدى الالف وعتق وهو رواية عمرو عن محمد وقال أبو يوسف ان لم يقبل حتى مات ليس له أن يقبل وظاهر قوله أدى الالف وعتق يقتضى ثبوت العتق من غير اعتاق الوارث أو الوصى وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى اذا قال اذا مت فأنت حر على ألف درهم فانما يحتاج الى القبول بعد الموت فاذا قبل بعد الموت فلا يعتق بالقبول حتى تعتقه الورثة أو الوصى لان العتق قد تأخر وقوعه عن الموت وكل عتق تأخر وقوعه عن الموت لا يثبت الا بايقاع من الوارث أو الوصى لانه يكون وصية بالاعتاق فلا يثبت ما لم يوجد الاعتاق كما لو قال أنت حر بعد موتى بيوم أو بشهر انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث أو الوصى بعد مضى اليوم أو الشهر لما قلنا كذا ههنا ثم فى الوصية بالاعتاق يملك الوارث الاعتاق تنجيزا وتعليقا حتى لو قال له ان دخلت الدار فأنت حر فدخل يعتق كما لو نجز العتق والوصى يملك التنجيز لا التعليق حتى لو علق بالدخول فدخل لا يعتق ولان الوارث يتصرف بحكم الخلافة عن الميت ويقوم مقامه كأنه هو والوصى يتصرف بالامر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر كالوكيل والوكيل بالاعتاق لا يملك التعليق ولو أعتقه الوصى أو الوارث عن كفارة لزمته لا يسقط عنه لانه يقع عن الميت والولاء عن الميت لا عن الوارث لان الاعتاق منه من حيث المعنى ولو قال أنت حر على ألف درهم بعد موتى فالقبول فى هذا فى الحياة بلا خلاف لانه جعل القبول فى الحالين شرطا لثبوت العتق بعد الموت فاذا قبل صار مدبرا ولا يجب المال لما قلنا فاذا مات عتق ولا شىء عليه وهذا حجة أبى يوسف فى المسائل المتقدمة والله عز وجل الموفق ولو قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتى فما فى ملكه صار مدبرا وما يستفيده يعتق من الثلث بغير تدبير وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يدخل فى هذا الكلام ما يستفيده (وجه) قوله ان المملوك للحال مراد من هذا الايجاب فلا يكون ما يستفيده مرادا لان الحال مع الاستقبال معنيان مختلفان واللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين ولهذا لم يدخل المستفاد فى هذا فى الاعتاق البات كذا فى التدبير ولهما ان التدبير فى معنى اليمين ومعنى الوصية أما معنى اليمين فظاهر لانه تعليق العتق بالشرط فاليمين ان كان لا يصلح الا فى الملك القائم أو مضافا الى الملك أو سببه فالوصية تتعلق بما فى ملك الموصى وبما يستحدث الملك فيه فان من أوصى بثلث ماله يدخل فيه المملوك للحال وما يستفيده الى وقت الموت وقوله اللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين قلنا قد يشتمل كالكتابة والاعتاق على مال فانهما يشتملان على معنى اليمين والمعاوضة كذا هذا والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يعم نوعى التدبير أعنى المطلق والمقيد وبعضها يخص أحدهما وهو المطلق أما الذى يعم النوعين فما ذكرنا فى كتاب العتاق فلا يصح التدبير الا بعد صدور ركنه مطلقا عن الاستثناء

من أهله مضافا الى محله ولا يصح الا فى الملك سواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت أو مضافا الى الملك أو سبب الملك نحو ان يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فأنت مدبر أو ان اشتريتك فأنت مدبر لانه التزم اثبات حقيقة الحرية بعد الموت واثبات حق الحرية فى الحال ولا يثبت ذلك الا بعد وجود الملك فى الحال لانه اذا كان موجودا للحال فالظاهر دوامه الى وقت وجود الشرط والوقت واذا لم يكن موجودا فالظاهر عدمه فلا يثبت حق الحرية عند وجود الشرط والوقت ولا عند الموت فلا يحصل ما هو الغرض من التدبير أيضا على ما نذكر فى بيان حكم التدبير ان شاء الله تعالى ومنها أن يكون التعليق بموت المولى حتى لو علق بموت غيره بأن قال ان مات فلان فأنت حر لا يصير مدبرا أصلا وأما الذى يخص أحدهما فضربان أحدهما أن يكون التعليق بمطلق موت المولى فان كان بموت موصوف بصفة لا يكون تدبيرا مطلقا بل يكون مقيدا والثانى ان يكون التعليق بموته وحده حتى لو علق بموته وشرط آخر لا يكون ذلك تدبيرا مطلقا وقد ذكرنا المسائل المتعلقة بهذين الشرطين فيما تقدم

﴿ فصل ﴾ وأما صفة التدبير فالتدبير متجزئ فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يتجزأ لانه باعتبار الحال اثبات حق الحرية فيعتبر باثبات حقيقة الحرية واثبات حقيقة الحرية يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ كذا اثبات حق الحرية باعتبار المآل وهو اثبات حقيقة الحرية فكان اعتاقا فكان الخلاف فيه لازما وعلى هذا يخرج عبد بين اثنين دبره أحدهما ان على قول أبى حنيفة صار نصيبه خاصة مدبرا ونصيب شريكه على ملكه لكون التدبير متجزئا عنده فيقتصر على نصيبه ثم ان كان المدبر موسرا فللشريك ست خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء ضمن وان شاء استسعى العبد وان شاء تركه على حاله أما خيار الاعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء فلان نصيبه بقى على ملكه فى حق التخريج الى العتاق وأما خيار التضمين فلانه بالتدبير أخرجه من أن يكون محلا للتملك مطلقا بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد أتلفه عليه فى حق هذه التصرفات فكان له ولاية التضمين وأما خيار الترك على حاله فلان الحرية لم تثبت فى جزء منه فجاز بقاؤه على الرق وانه مفيد لان له أن ينتفع به منفعة الكسب والخدمة فلا يكلف بالتخريج الى الحرية ما لم يمت المدبر فان اختار الاعتاق فأعتق فللمدبر أن يرجع على المعتق بنصف قيمته مدبرا لانه أتلف عليه نصيبه وهو مدبر فيضمن قيمته مدبرا والولاء بينهما لان الاعتاق منهما لان نصيب المدبر لا يحتمل الانتقال الى المعتق لان التدبير يمنع من ذلك وللمعتق أن يرجع على العبد بما ضمن لان منفعة الاعتاق حصلت له وان شاء المدبر أعتق نصيبه وان شاء كاتب وان شاء استسعى وليس له الترك على حاله لانه معتق البعض فيجب تخريجه الى العتاق هذا اذا كان المعتق موسرا فان كان معسرا فللمدبر ثلاث خيارات ان شاء أعتق وان شاء استسعى وان شاء كاتب وان شاء اختار التدبير فدبر نصيبه حتى صار العبد مدبرا بينهما وساوى شريكه فى التصرف ثم مات أحدهما عتق نصيب الميت بالتدبير ويكون من الثلث لان التدبير وصية ويسعى فى نصف قيمته للباقى ان شاء لانه صار معتق البعض وان شاء أعتق وان شاء كاتب وليس له الترك على حاله لما قلنا فان مات الشريك الآخر قبل أخذ السعاية عتق نصيبه من الثلث أيضا لما قلنا وبطلت السعاية لان العتق حصل بموت المولى والمدبر اذا أعتق بموت مولاه وقيمته تخرج من الثلث لا يجب عليه السعاية وقيل ان هذا على قياس قول أبى حنيفة فاما على قياس قولهما فلا يبطل لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ فقد عتق كله بموت الاول فوجبت السعاية عليه وهو حر فكان ذلك بمنزلة ديون وجبت على الحر فلا تسقط بالموت وأما على قول أبى حنيفه فلا يعتق نصيب الشريك ما لم يؤد السعاية اذا اختار السعاية لان الاعتاق متجزئ عنده فاذا مات الشريك فهذا مدبر مات مولاه وقيمته تخرج من الثلث فيعتق من غير سعاية وان اختار الكتابة وكاتبه صحت الكتابة لان نصيبه على ملكه فان أدى فعتق مضى الامر وان مات المولى قبل الاداء وهو يخرج من الثلث عتق وبطلت عنه السعاية وان كان لا يخرج من الثلث بان لم يكن له مال غيره ففيه خلاف بين أصحابنا الثلاثة نذكر فيما بعد ان شاء الله

تعالى

تعالى وان اختار تضمين المدبر فضمنه فقد صار العبد كله للمدبر لانتقال نصيب شريكه اليه بالضمان والولاء كله للمدبر لان كله عتق على ملكه وللمدبر أن يرجع بما ضمن على العبد فيستسعيه لان الشريك كان له أن يستسعيه فلما ضمن المدبر قام مقامه فيما كان له فان مات المدبر عتق نصفه من ثلث المال لان نصفه قد صار مدبرا فيعتق بموته لكن من ثلث المال لما قلنا ويسعى فى النصف الآخر كاملا للورثة لان ذلك النصف كان قنا وان شاؤا اعتقوا ذلك النصف وان شاؤا دبروا وان شاؤا كاتبوا وان شاؤا تركوه على حاله وان اختار الاستسعاء سعى العبد فى نصف قيمته فاذا أدى يعتق ذلك النصف ولا يضمن الشريك للمدبر شيأ لان العتق حصل بسبب لا صنع له فيه فلم يوجد منه سبب وجوب الضمان وللمدبر أن يرجع على العبد فيستسعيه لان العبد صار كمعتق البعض فاذا أدى يعتق كله والولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه فان مات المدبر قبل أن يأخذ السعاية بطلت السعاية وعتق ذلك النصف من ثلث ماله لما بينا وان اختار ترك نصيبه على حاله فمات يكون نصيبه موروثا عنه فينتقل الخيار الى الورثة فى الاعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء والترك على حاله لان نصيبه انتقل اليهم وقد كان له هذه الخيارات وان مات المدبر عتق ذلك النصف من الثلث ولغير المدبر أن يستسعى العبد فى نصف قيمته ان شاء وان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وليس له خيار الترك لانه صار معتق البعض فيجب تخريجه الى العتق لا محالة والولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه هذا اذا كان المدبر موسرا فان كان معسرا فللشريك الخيارات التى ذكرنا الا اختيار التضمين وأما على قولهما اذا دبر نصيبه فقد صار كله مدبرا لان التدبير لا يتجزأ عندهما ويضمن المدبر لشريكه نصف قيمته موسرا كان أو معسرا فقد فرقا بين التدبير وبين الاعتاق ان فى الاعتاق لا يضمن اذا كان معسرا وانما يسعى العبد لان هذا ضمان اتلاف أو ضمان تملك أو ضمان حبس المال وانه لا يختلف باليسار والاعسار فى أصول الشرع الا ان السعاية فى باب الاعتاق ثبتت بخلاف القياس بالنص ولان بالاعتاق قد زال العبد عن ملك المعتق وصار حرا فيسعى وهو حر وههنا الملك قائم بعد التدبير وكسب المدبر على ملك مولاه فلا يمكن القول بالاستسعاء هذا اذا دبره أحدهما أو دبراه على التعاقب فان دبراه معا ينظر ان قال كل واحد منهما قد دبرتك أو أنت مدبر أو نصيبى منك مدبر أو قال اذا مت فانت حر أو أنت حر بعد موتى وخرج الكلامان معا صار مدبرا لهما بلا خلاف لان تدبير كل واحد منهما صادف ملك نفسه فصار العبد مدبرا بينهما فاذا مات أحدهما عتق نصيبه من الثلث والآخر بالخيار ان شاء اعتق وان شاء كاتب وان شاء استسعى وليس له أن يتركه على حاله لانه صار معتق البعض فاذا مات الباقى منهما قبل أخذ السعاية بطلت السعاية وعتق ان كان يخرج من الثلث لما ذكرنا وان قالا جميعا اذا متنا فانت حر أو أنت حر بعد موتنا وخرج كلامهما معا لا يصير مدبرا لان كل واحد منهما علق عتقه بموته وموت صاحبه فصار كان كل واحد منهما قال ان مت أنا وفلان فانت حر أو انت حر ان مت أنا وفلان الا اذا مات أحدهما فيصير نصيب الباقى منهما مدبرا لصيرورة عتقه معلقا بموت المولى مطلقا وصار نصيب الميت ميراثا لورثته ولهم الخيارات ان شاؤا اعتقوا وان شاؤا دبروا وان شاؤا كاتبوا وان شاؤا استسعوا وان شاؤا ضمنوا الشريك ان كان موسرا واذا مات الآخر عتق نصيبه من الثلث هذا اذا دبره أحدهما أو كلاهما فان دبر أحدهما أو اعتقه الآخر فهذا فى الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما ان خرج الكلامان على التعاقب واما ان خرجا معا فان خرجا على التعاقب فاما ان علم السابق منهما واما ان لم يعلم فان علم فان كان الاعتاق سابقا بان أعتقه أحدهما أولا ثم دبره الآخر فاما على قول أبى يوسف ومحمد فكما أعتقه أحدهما فقد عتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ وتدبير الشريك باطل لانه صادف الحر والولاء كله للمعتق لان كله عتق باعتاقه وعليه الضمان ان كان موسرا وعلى العبد السعاية ان كان معسرا لما ذكرنا فى كتاب العتاق فصار كعبد بين اثنين اعتقه أحدهما وسكت الآخر وقد ذكرنا فيما تقدم وأما على قول أبى حنيفة اذا أعتقه أحدهما فلم يعتق الا نصيبه لتجزى الاعتاق عنده فلما دبره الآخر فقد صح تدبيره لانه دبر ملك نفسه فصح وصار ميراثا للمعتق عن

الضمان لانه قد ثبت له باعتاق الشريك خيارات منها التضمين ومنها التدبير فاذا دبره فقد استوفى حقه فبرئ المعتق عن الضمان ولانه انما يثبت له ولاية التضمين بشرط نقل نصيبه الى المعتق بالضمان وقد خرج الجواب عن احتمال النقل بالتدبير فسقط الضمان والمدبر بالخيار ان شاء اعتق نصيبه الذى صار مدبرا وان شاء كاتبه وان شاء استسعى العبد وليس له أن يتركه على حاله لانه قد عتق بعضه فوجب تخريجه الى العتق بالطرق التى بينا واذا مات المدبر عتق نصيبه الذى صار مدبرا من الثلث والولاء بينهما لان كله عتق باعتاقهما النصف بالاعتاق البات والنصف بالتدبير فعتق نصيب كل واحد منهما على ملكه وان كان التدبير سابقا بان دبره أحدهما أولا ثم اعتق الآخر فعلى قولهما كما دبره أحدهما صار كله مدبرا له لان التدبير عندهما لا يتجزأ كالاعتاق البات ويضمن المدبر نصيب شريكه قنا سواء كان موسرا أو معسرا لما بينا وأما على قول أبى حنيفة فلم يصر كله مدبرا بل نصيبه خاصة لتجزى التدبير عنده فصح اعتاق الشريك فعتق نصفه وللمدبر أن يرجع على المعتق بنصف قيمة العبد مدبرا ان كان المعتق موسرا لما ذكرنا فيما تقدم وان شاء اعتق نصيبه الذى هو مدبر وان شاء استسعى العبد وليس له أن يتركه على حاله لانه معتق البعض وان خرج الكلامان معا لا يرجع أحدهما على صاحبه بضمان لان الضمان انما يجب باتلاف مال الغير فاذا خرج الكلامان معا كان كل واحد منهما متصرفا فى ملك نفسه لا متلفا ملك غيره فلا يجب عليه الضمان ومنهم من قال هذا على قياس قول أبى حنيفة لان الاعتاق والتدبير كل واحد منهما يتجزأ عنده فصح التدبير فى النصف والاعتاق فى النصف فاما على قياس قولهما ينفذ الاعتاق ويبطل التدبير لان الاعتاق والتدبير لا يتجزآن والاعتاق أقوى فيدفع الادنى وان كان أحدهما سابقا لكن لا نعلم السابق منهما من اللاحق ذكر فى الاصل ان المعتق يضمن ربع قيمة العبد للمدبر ويستسعى العبد له فى الربع الآخر وهذا استحسان ولم يذكر الخلاف ومنهم من قال هذا قول أبى حنيفة فاما عندهما فالجواب فيه وفيما اذا خرج الكلامان معا سواء ووجه قولهما ان كل أمرين حادثين لا يعلم تاريخهما يحكم بوقوعهما معا فى أصول الشرع كالغرقى والحرقى والهدمى ولهذا قال بعض أهل الاصول فى النص العام والخاص اذا تعارضا وجهل التاريخ انه يجعل كانهما وردا معا ويبنى العام على الخاص على طريق البيان ويكون المراد من النص العام ماوراء القدر المخصوص ووجه قياس قول أبى حنيفة انه وقع الشك فى وجوب الضمان على المعتق لوقوع الشك فى سبب وجوبه لان التدبير ان كان لاحقا كان المدبر بالتدبير جبريا للمعتق من الضمان لما مر وان كان سابقا يجب الضمان على المعتق فوقع الشك فى الوجوب والوجوب لم يكن ثابتا فلا يثبت مع الشك ووجه الاستحسان له اعتبار الاحوال وهو ان الاعتاق اذا كان متقدما على التدبير فقد أبرأ المدبر المعتق عن الضمان وان كان متأخرا فالمعتق ضامن وقد سقط ضمان التدبير بالاعتاق بعده فاذا لا ضمان على المدبر فى الحالين جميعا والمعتق يضمن فى حال ولا يضمن فى حال والمضمون هو النصف فيتنصف فيعتق ربع القيمة ويسعى العبد للمدبر فى الربع الآخر لانه لما تعذر التضمين فيه ووجب تخريجه الى العتاق أخرج بالسعاية كما لو كان المعتق موسرا والله عز وجل أعلم مدبرة بين رجلين جاءت بولد ولم يدع أحدهما فهو مدبر بينهما كامه لان ولد المدبرة مدبر لما نذكر فى بيان حكم التدبير ان شاء الله تعالى فان ادعاه أحدهما فالقياس ان لا يثبت نسبه منه وهو قول زفر واليه مال الطحاوى من أصحابنا وفى الاستحسان يثبت وجه القياس انهما لما دبراه فقد ثبت حق الولاء لهما جميعا لانه ولد مدبرتهما جميعا وفى اثبات النسب من المدعى ابطال هذا الحق عليه والولاء لا يلحقه الفسخ وجه الاستحسان ان النسب قد ثبت فى نصيب المدعى لوجود سبب الثبوت وهو الوطء فى الملك واذا ثبت فى نصيبه يثبت فى نصيب شريكه لان النسب لا يتجزأ وأما قوله حق الولاء لا يحتمل الفسخ فنقول نحن نثبت النسب ولا يسقط حق الولاء لانه لا تنافى بينهما فيثبت النسب من الشريك المدعى ويبقى نصف الولاء للشريك الآخر وصار نصف الجارية أم ولد له ونصفها مدبرة على حالها للشريك فان قيل الاستيلاد لا يتجزأ وهذا قول بالتجزئة فالجواب ماذكرنا فى كتاب العتاق انه متجز فى نفسه

عند

عند أبي حنيفة كالاعتاق الا انه يتكامل في بعض المواضع لوجود سبب التكامل على انا نقول الاستيلاد لا يتجزأ فيما يحتمل نقل الملك فيه فاما مالا يحتمل فهو متجز وههنا لا يحتمل لما نذكر و يغرم المدعى نصف العقر لشريكه ونصف قيمة الولد مدبرا ولا يضمن نصف قيمة الام أما وجوب نصف العقر فلانه أقر بالوطء في ملك الغير لاقراره بوطء مدبرة مشتركة بينهما وانه حرام الا ان الحد لا يجب للشبهة لان نصف الجارية ملكه فيجب العقر و يغرم نصف قيمة الولد مدبرا لانه بالدعوة أتلف على شريكه ملكه الثابت ظاهرا لانه حصل في محل هو ملكهما فاذا ادعاه فقد أتلف على شريكه ملكه الثابت من حيث الظاهر باخراجه من ان يكون منتفعا به منفعة الكسب والخدمة فيضمن نصف قيمته مدبرا لانه أتلف على شريكه نصف المدبر ولا يغرم نصف قيمة الجارية لان نصيب الشريك قد بقي على ملكه ولم تصر الجارية كلها أم ولد له لان استيلاد نصيب شريكه يعتمد تملك نصيبه و نصيبه لا يحتمل التملك لكونه مدبرا بخلاف الامة القنة بين رجلين جاءت بولد فادعاه أحدهما انه يثبت النسب و يغرم نصف عقر الجارية لشريكه وتصير الجارية كلها أم ولد له ولا يغرم من قيمة الولد شيأ لان هناك نصيب الشريك محتمل النقل فامكن القول بتملك نصيبه ببدل ضرورة صحة الاستيلاد والتملك يستند الى وقت العلوق فتبين ان الولد حدث على ملكه فلا يكون مضمونا عليه وههنا نصيب الشريك لا يحتمل النقل فيقتصر الاستيلاد على نصيب المدعى و ينفرد الولد بالضمان لانفراده بسبب وجوب الضمان فان مات المدعى أولا عتق نصيبه بغير شيء لان نصيبه ام ولد له فلا تسعى في نصيبه ولا يضمن للشريك الساكت شيأ لحصول العتق من غير صنعه وهو الموت و يسعى في نصيب الآخر في قولهم جميعا لان نصيبه مدبر فان مات الآخر قبل ان يأخذ السعاية عتق كلها ان خرجت من ثلث ماله و بطلت السعاية عنها في قياس قول أبي حنيفة وعلى قياس قولهما لا تبطل بناء على ان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ وقد ذكرنا وجه البناء فيما تقدم وان مات الذي لم يدع أولا عتق نصيبه من الثلث لان نصيبه مدبر له ولا يسعى في نصيب الآخر في قول أبي حنيفة لان نصيبه أم ولد له ورق أم الولد ليس بمتقوم عنده وفي قولهما يسعى لان رقه متقوم فان لم يمت واحد منهما حتى ولدت ولدا آخر فادعاه فهو ضامن لنصف العقر لانه أقر بوطء مدبرة مشتركة بينهما وأيهما مات يعتق كل الجارية لان نصيب كل واحد منهما أم ولد وأم الولد اذا أعتق بعضها عتق كلها ولا سعاية عليها وان جاءت بولد وادعياه جميعا معا ثبت نسبه منهما جميعا وصارت الجارية أم ولد لهما جميعا و يبطل التدبير الى خلف هو خير وهو الاستيلاد لان عتق الاستيلاد ينفذ من جميع المال فكان خيرا لها من التدبير وحكم الضمان في القن ما هو الحكم في الجارية القنة وسنذكره في كتاب الاستيلاد ان شاء الله تعالى ولو دبر عبده ثم كاتبه جازت الكتابة لما ذكرنا فان أدى الكتابة قبل موت المولى عتق لوجود شرط العتق بسبب الكتابة وهو أداء بدل الكتابة وان لم يؤد حتى مات المولى عتق أيضا ان كان يخرج كله من ثلث مال المولى لوجود شرط العتق بسبب التدبير وهو موت المولى وخروج المدبر من ثلث ماله ولا سعاية عليه لان عتق المدبر وصية والوصية في الثلث نافذة فاذا خرج كله من الثلث عتق كله من غير سعاية وان لم يكن له مال آخر سواه فله الخيار ان شاء استسعى في جميع الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته فان اختار الكتابة سعى على النجوم وان اختار السعاية في ثلثي قيمته يسعى حالا وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يسعى في الاقل من جميع الكتابة ومن ثلثي القيمة وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي الكتابة ومن ثلثي القيمة والخلاف في هذه المسئلة يقع في فصلين أحدهما في الخيار والثاني في المقدار والخلاف في الخيار بين أبي حنيفة وصاحبيه وفي المقدار بين أبي حنيفة وأبي يوسف و بين محمد أما فصل الخيار فالخلاف فيه مبني على ان العتق يتجزأ عند أبي حنيفة وعندهما لا يتجزأ ووجه البناء على هذا الاصل ان العتق لما كان متجزئا عنده لم يعتق بموت المولى الا ثلث العبد و بقي الثلثان منه رقيقا وقد توجه الى الثلثين العتق من جهتين احداهما الكتابة باداء بدل مؤجل والثانية التدبير بسعاية ثلثي القيمة معجلا فيخير ان شاء مال الى هذا وان شاء مال الى ذاك ولما لم يكن العتق متجزئا عندهما فاذا أعتق

ثلثه بالموت فقد عتق كله و بطل التأجيل فى بدل الكتابة فصار المالان جميعا حالا وعليه أخذ المالين اما الكتابة واما السعاية وأحدهما أقل والآخر أكثر فلا فائدة فى التخيير لانه يختار الاقل لامحالة ولان الواجب عليه اذا كان أحد المالين وأحدهما أكثر من الآخر أو أقل كان الاقل متيقنا به فيلزمه ذلك وأما فصل المقدار فوجه قول محمد ان بدل الكتابة كله قوبل بكل الرقبة لان العقد قد انعقد عليه حيث قال كاتبتك على كذا وقد عتق ثلث الرقبة فيسقط عنه ما كان بمقابلته وهو ثلث البدل فيبقى الثلثان ولان ثلث مال المولى لو كان مثل كل قيمة العبد لسقط عنه كل بدل الكتابة فاذا كان مثل ثلث قيمته يجب ان يسقط ثلث بدل الكتابة فيبقى الثلثان فيسعى فى الاقل من ثلثى الكتابة ومن ثلثى القيمة لما قلنا ولهما ان العبد كان استحق ثلث رقبته بالتدبير السابق قبل عقد الكتابة فانه يسلم له ذلك كائنا ما كان فاذا كاتبه بعد ذلك فالبدل لا يقابل القدر المستحق وهو الثلث وانما يقابل الثلثين فاذا قال كاتبتك على كذا فقد جعل المال بمقابلة ما لا يصح المقابلة به وهو الثلث وبمقابلة ما يصح المقابلة به وهو الثلثان فيصرف كل البدل الى ما يصح المقابلة به وهو الثلثان كمن طلق امرأته الحرة تطليقتين ثم طلقها ثلاثا على ألف درهم لزمها كل الالف لما قلنا وكذا اذا جمع بين من يحل نكاحها و بين من لا يحل نكاحها فتزوجهما بالف درهم وجبت الالف كلها بمقابلة نكاح من يحل له نكاحها عند أبى حنيفة واذا كان الامر على ما وصفنا فالثلث وان عتق عند الموت لكن لا بدل بمقابلته وانما البدل كله بمقابلة الثلثين فلم يسقط من البدل شئ بخلاف ما اذا خرج العبد كله من الثلث لان هناك يسلم له جميع رقبته فلزم القول بالبراءة هذا اذا دبر عبده ثم كاتبه فان كاتبه ثم دبره ثم مات المولى فعلى قول أبى حنيفة ان شاء سعى فى ثلثى القيمة وان شاء سعى فى ثلثى الكتابة وعندهما يسعى فى الاقل من ثلثى القيمة ومن ثلثى الكتابة فقد اتفقوا على المقدار ههنا حيث قالوا مقدار بدل الكتابة ثلثان وانما كان كذلك لان هناك كاتبه والعبد لم يكن استحق شيأ من رقبته فكان جميع البدل بمقابلة جميع الرقبة وقد عتق عند الموت بسبب التدبير ثلثه فيسقط ما كان بازائه من البدل فبقى الثلثان بلا خلاف وانما اختلفوا فى الخيار فعند أبى حنيفة يخير بين الثلثين من بدل الكتابة مؤجلا و بين ثلثى القيمة معجلا وعندهما يجب عليه الاقل منهما بناء على تجزى الاعتاق وعدم تجزيه على ما بينا فى الفصل الاول والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم التدبير فنوعان نوع يرجع الى حياة المدبر ونوع يرجع الى ما بعد موته أما الذى يرجع الى حال حياة المدبر فهو ثبوت حق الحرية للمدبر اذا كان التدبير مطلقا وهذا عندنا وعند الشافعى لا حكم له فى حال حياة المدبر رأسا فلا يثبت حقيقة الحرية ولا حقها بل حكمه ثبوت حقيقة الحرية بعد الموت مقصورا عليه وعلى هذا ينبنى بيع المدبر المطلق انه لا يجوز عندنا وعنده جائز و يجوز بيع المدبر المقيد بالاجماع احتج الشافعى بما روى عن عطاء انه قال دبر رجل عبده فاحتاج فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم وأدنى درجات فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز ولان التدبير تعليق العتق بالشرط وانه لا يمنع جواز البيع كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك وكالتدبير المقيد ولان فيه معنى الوصية وذلك لا يمنع جواز البيع كما اذا أوصى بعتق عبده ثم باعه ولنا ما روى عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وهذا نص فى الباب وعن أبى سعيد الخدرى وجابر بن عبد الله الانصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المدبر ومطلق النهى يحمل على التحريم وروى عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم مثل مذهبنا وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح ومسروق وسعيد بن المسيب والقاسم بن محمد وأبى جعفر محمد بن على ومحمد بن سيرين وعمر بن عبد العزيز والشعبى والحسن البصرى والزهرى وسعيد بن جبير وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد وقتادة حتى قال أبو حنيفة لولا قول هؤلاء الاجلة لقلت بجواز بيع المدبر لما دل عليه من النظر ولنا الاثبات حق

الحرية

الحرية ضرورة الاجماع ودلالة غرض المدبر أما ضرورة الاجماع فهي ان الحرية تثبت بعد الموت بالاجماع والحرية لابد لها من سبب ولا سبب ههنا سوى الكلام السابق فلا يخلو اما أن يجعل سببا للحال، واما أن يجعل سببا بعد الشرط ولا سبيل الى الثانى لانه ليس من أهل مباشرة السبب فتعين أن يكون سببا عند وجوده فكان الكلام السابق سببا فى الحال لثبوت الحرية بعد الموت ولسنا نعنى ثبوت حق الحرية للمدبر الا هذا وهذا يمنع جواز البيع لان البيع ابطال السببية اذ لا تثبت الحرية عند الموت بعد البيع وأما دلالة الغرض فهو ان غرض المدبر من التدبير أن تسلم الحرية للمدبر عند الموت اما تقربا الى الله عز وجل بالاعتاق لاعتاق رقبته من النار كما نطق به الحديث واما حقا لخدمته القديمة مع بقاء منافعه على ملكه فى حياته لحاجته اليها ولا طريق لتحصيل الغرضين الا بجعل التدبير سببا فى الحال لثبوت الحرية بعد الموت اذ لو ثبتت الحرية فى الحال لفات غرضه فى الانتفاع به ولو لم ينعقد شيأ رأسا لفات غرضه فى العتق لجواز أن يبيعه لشدة غضب أو غير ذلك فكان انعقاده سببا فى الحال وتأخر الحرية الى ما بعد الموت طريق احراز الغرضين فثبت ذلك بدلالة الحال فيتقيد الكلام به اذ الكلام يتقيد بدلالة الغرض فان قيل هذا مناقض لاصلكم لان التدبير تعليق العتق بالشرط ومن أصلكم ان التعليقات ليست اسبابا للحال وانما تصير أسبابا عند وجود شروطها وعلى هذا بنيتم تعليق الطلاق والعتاق بالملك وسببه وههنا جعلتم التدبير سببا لثبوت الحرية للحال وهذا مناقضة فى الاصل والتناقض فى الاصل دليل فساد الفرع فالجواب ان هذا أصلنا فيما يمكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وفيما لم يرد المتكلم جعله سببا فى الحال وفى التعليق بسائر الشروط وأمكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وههنا لا يمكن لما بينا وكذا فى التعليق بسائر الشروط أراد المتكلم كونه سببا عند الشرط وههنا اراد كونه سببا فى الحال لما قلنا فتعين سببا للحال لثبوت الحرية فى الثانى وأما حديث عطاء فيحتمل ان ذلك كان تدبيرا مقيدا اوقوله باع حكاية فعل فلا عموم له و يحتمل أن يكون معنى قوله باع أى آجر اذ الاجارة تسمى بيعا بلغة أهل المدينة وهكذا روى محمد باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم باع خدمة مدبر ولم يبع رقبته ويحتمل أنه كان ذلك فى ابتداء الاسلام حين كان بيع الحر مشروعا على ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع رجلا بدينه يقال له سرق ثم صار منسوخا بنسخ بيع الحر لثبوت حق الحرية فى المدبر الحاقا للحق بالحقيقة فى باب الحرمات وأما المدبر المقيد فهناك لا يمكن أن يجعل الكلام سببا للحال لان الامر متردد بين ان يموت من ذلك المرض و فى ذلك السفر أو لا يموت فكان الشرط يحتمل الوجود والعدم فلم يكن التعليق سببا للحال كالتعليق بسائر الشروط وكذا لما علق العتق بأمر يحتمل الوجود والعدم دل انه ليس غرضه من هذا الكلام التقرب الى الله عز وجل باعتاق هذا العبد ولا قضاء حق الخدمة القديمة اذ لو كان ذلك غرضه لعلقه بشرط كائن لا محالة وأما قوله ان فى التدبير معنى الوصية فنعم لكن هذه وصية لازمة لثبوتها فى ضمن أمر لازم وهو اليمين فلا يحتمل الفسخ ولهذا لا يحتمل الرجوع بخلاف الوصية بالاعتاق فان قيل هذا يشكل بالتدبير المقيد فانه يتضمن معنى الوصية اللازمة ومع هذا يجوز بيعه قيل معنى الوصية للحال متردد لتردد موته على تلك الصفة فلا يصير العبد موصى له قبل الموت بتلك الصفة وههنا بخلافه واذا ثبت حق الحرية للمدبر المطلق فى الحال فكل تصرف فيه يبطل هذا الحق لا يجوز وما لا يبطله يجوز وعلى هذا تخريج المسائل لا يجوز بيعه وهبته والتصدق به والوصاية به لانه تصرف تمليك الرقبة فيبطل حق الحرية ولا يجوز رهنه لان الرهن والارتهان من باب ايفاء الدين واستيفائه عندنا فكان من باب تمليك العين وتملكها ويجوز اجارته لانها لا تبطل هذا الحق لانها تصرف فى المنفعة بالتمليك لا فى العين والمنافع على ملك المدبر وقد روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته وبيع خدمة المدبر بيع منفعته وهو معنى الاجارة ويجوز الاستخدام وكذا الوطء والاستمتاع فى الامة لانها استيفاء المنافع ويجوز تزويجها لان التزويج تمليك المنافع وعن عبد الله بن عمر أنه كان يطأ مدبرته ولان الاستيلاد آكد من التدبير لانه يوجب الحرية من جميع المال والتدبير من الثلث

ثم الاستيلاد لا يمنع من الاجارة والاستخدام ولا يمنع من الاستمتاع والوطء والتزويج فى الامة فالتدبير أولى والاجرة والمهر والعقر والكسب والغلة للمولى لانها بدل المنافع والمنافع ملكه والارش له لانه بدل جزء فات على ملكه ولا يتعلق الدين برقبته لان رقبته لا تحتمل البيع لما بينا و يتعلق بكسبه و يسعى فى ديونه بالغة ما بلغت وجنايته على المولى وهو الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ولا يضمن المولى أكثر من قيمة واحدة وان كثرت الجنايات لما نذكر فى كتاب الجنايات ان شاء الله تعالى و يجوز اعتاقه لانه ايصال الى حقيقة الحرية معجلا ولان المنع من البيع ونحوه لما فيه من منعه من وصوله الى هذا المقصود فمن المحال أن يمنع من ايصاله اليه ولهذا اجاز اعتاقه أم الولد كذا المدبر و يجوز مكاتبته لانه تعجيل الحرية اليه والمولى يملك ذلك كما يملك مكاتبة أم الولد و ولد المدبرة من غير سيدها بمنزلتها بالاجماع الصحابة رضى الله عنهم على ذلك فانه روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال ولد المدبرة بمنزلتها يعتق بعتقها و يرق برقها و روى ان عثمان رضى الله عنه خوصم اليه فى أولاد مدبرة فقضى ان ما ولدته قبل التدبير عبد وما ولدته بعد التدبير مدبر وكان ذلك بحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فيكون اجماعا وهو قول شريح ومسروق وعطاء وطاوس ومجاهد وسعيد بن جبير والحسن وقتادة رضى الله عنهم ولا يعرف فى السلف خلاف ذلك وانما قال به بعض أصحاب الشافعى فلا يعتد بقوله لمخالفته الاجماع ولان حق الحرية يسرى الى الولد كولد أم الولد وما ولدته قبل التدبير فهو من أقضية عثمان رضى الله عنه بحضرة الصحابة رضى الله عنهم ولان حق الحرية لم يكن ثابتا فى الام وقت الولادة حتى يسرى الى الولد ولو اختلف المولى والمدبرة فى ولدها فقال المولى ولدتيه قبل التدبير فهو رقيق وقالت هى ولدته بعد التدبير فهو مدبر فالقول قول المولى مع يمينه على علمه والبينة بينة المدبرة لان المدبرة تدعى سراية التدبير الى الولد والمولى ينكر فكان القول قوله مع اليمين و يحلف على علمه لان الولادة ليست فعله والبينة بينة المدبرة لان فيها اثبات التدبير ولو كان مكان التدبير عتق فقال المولى للمعتقة ولدتيه قبل العتق وهو رقيق وقالت بل ولدته بعد العتق وهو حر يحكم فيه الحال ان كان الولد فى يدها فالقول قولها وان كان فى يد المولى فالقول قوله لانه اذا كان فى يدها كان الظاهر شاهدا لها واذا كان فى يده كان الظاهر شاهدا له بخلاف المدبرة لانها فى يد المولى فكذا ولدها فكان الظاهر شاهدا له على كل حال وكان القول قوله ولو قال لامة لا يملكها ان ملكتك فأنت مدبرة وان اشتريتك فأنت مدبرة فولدت ولدا ثم اشتراهما جميعا فالام مدبرة والولد رقيق لان الام انما صارت مدبرة بالشرط ولم يوجد الشرط فى حق الولد وانه منفصل فلا يسرى اليه تدبير الام والله عز وجل أعلم وأما الذى يرجع الى ما بعد موت المدبر فمنها عتق المدبر لان عتقه كان معلقا بموت المولى والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط و يستوى فيه المدبر المطلق والمقيد لان عتق كل واحد منهما معلق بالشرط الا أن الشرط فى المقيد الموت الموصوف بصفة فاذا وجد ذلك فقد وجد الشرط فينزل المعلق وسواء كان الموت حقيقة أو حكما بالردة بأن ارتد المولى عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب لان الردة مع اللحاق بدار الحرب تجرى مجرى الموت فى زوال الاملاك وكذا المستأمن اذا اشترى عبدا فى دار الاسلام فدبره ولحق بدار الحرب فاسترق الحربى عتق مدبره لان الاسترقاق أوجب زوال ملكه عن أمواله حكما فكان بمنزلة الموت وكذا ولد المدبرة الذى ليس من مولاها لانه تبعها فى حق الحرية فكذا فى حقيقة الحرية و يستوى فيه المطلق والمقيد لان معنى التبعية لا يوجب الفصل ومنها ان عتقه يحسب من ثلث مال المولى وهذا قول عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وهو قول سعيد بن جبير وشريح والحسن وابن سيرين رضى الله عنهم و روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ان عتقه من جميع المال وهو قول ابراهيم النخعى وحماد وجعلوه كأم الولد ولنا ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث ولان التدبير وصية والوصية تعتبر من ثلث المال كسائر الوصايا وسواء كان التدبير فى المرض أو فى الصحة لانه وصية فى الحالين وسواء كان التدبير مطلقا أو مقيدا لعموم الحديث الا أنه خص منه

المقيد

المقيد فى حق البيع والهبة فيعمل بعمومه فى حق الاعتبار من الثلث ولان معنى الوصية توجد فى النوعين وانه يقتضى اعتباره من الثلث و يعتبر ثلث المال يوم موت المولى لان فى الوصايا هكذا يعتبر واذا كان اعتبار عتقه من ثلث المال فان كان كله يخرج من ثلث مال المولى بأن كان له مال آخر سواه يعتق كله ولا سعاية عليه وان لم يكن له مال آخر غيره عتق ثلثه و يسعى فى الثلثين للورثة هذا اذا لم يكن على المولى دين فان كان عليه دين يسعى فى جميع قيمته فى قضاء ديون المولى لان الدين متقدم على الوصية ومنها ان ولاء المدبر للمدبر لانه المعتق وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ولا ينتقل هذا الولاء عن المدبر وان عتق المدبر من جهة غيره كمدبرة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق عليه وغرم نصيب شريكه من الولد والولاء بينهما لان حق الحرية ثابت فى الحال عندنا وانه يثبت حق الولاء وهو لا يحتمل الفسخ وكذا المدبر بين شريكين أعتقه أحدهما وهو موسر فضمن عتق بالضمان و لم يتغير الولاء عن الشركة فى قول أبى حنيفة لما ذكرنا فيما تقدم وعلى قول أبى يوسف ومحمد اذا أعتق أحدهما نصيبه عتق جميعه والولاء بينهما

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به التدبير فالتدبير يظهر بما يظهر به الاعتاق البات وهو الاقرار والبينة لانه اثبات حق الحرية فى الحال فيعتبر الحق بالحقيقة وهو اثبات حقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر بالاثبات بالحال وذا يظهر بأحد هذين فكذا هذا اذا عرف هذا فنقول اذا ادعى المملوك التدبير وأنكر المولى فأقام البينة قبلت بينته بلا خلاف فان لم يدع وأنكر التدبير مع المولى لا يقبل البينة على التدبير من غير دعوى العبد فى قول أبى حنيفة وعندهما يقبل والحجج على نحو ما ذكرنا فى الاعتاق البات الا أن الشهادة على عتق الامة تقبل من غير دعواه بالاجماع والشهادة على تدبير الامة على الاختلاف لان تدبير الامة لا يوجب تحريم الفرج فلم تكن الشهادة قائمة على حق الله تعالى ولو شهدا أنه دبر أحد عبديه بغير عينه فى الصحة فالشهادة باطلة فى قول أبى حنيفة لان المدعى مجهول وعندهما يقبل ولو شهدا ان ذلك كان فى المرض يقبل عنده استحسانا والقياس أن لا يقبل وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فى كتاب العتاق ولو شهدا أنه قال هذا حر وهذا مدبر بعد موتى فقد صار مدبرا لم تجز شهادتهما فى قول أبى حنيفة لجهالة المدعى ولو شهدا أنه قال هذا حر بعد موتى لا بل هذا كانا جميعا مدبرين و يعتقان بعد موته من ثلثه لانه لما قال هذا حر بعد موتى فقد صار مدبرا فلما قال لا بل هذا فقد رجع عن الاول وتدارك بالثانى و رجوعه لا يصح وتداركه صحيح كما اذا قال لاحدى امرأتيه هذه طالق لا بل هذه ولو شهدا أنه قال هذا حر البتة لا بل هذا مدبر جازت الشهادة لهما لانه أعتق الاول ثم رجع وتدارك بالثانى فالرجوع لا يصح و يصح التدارك فصار الاول حرا والثانى مدبرا ولو شهد أحدهما أنه دبره وشهد الآخر أنه أعتقه البتة فالشهادة باطلة لان كل واحد منهما شهد بغير ما شهد به الآخر لفظا ومعنى أما اللفظ فلا شك فيه وأما المعنى فلان الاعتاق البات اثبات العتق بعد موت المولى وهما متغايران وليس على كل واحد منهما الا شاهد واحد وكذلك لو شهدا بالتدبير واختلفا فى شرطه لانهما شهدا على شيئين مختلفين كما فى الاعتاق البات والله عز وجل أعلم وهو الموفق

﴿ كتاب الاستيلاد ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى تفسير الاستيلاد لغة وعرفا و فى بيان شرطه و فى بيان صفته و فى بيان حكمه وفى بيان ما يظهر به أما تفسيره لغة فالاستيلاد فى اللغة هو طلب الولد كالاستيهاب والاستئناس انه طلب الهبة والانس و فى العرف هو تصيير الجارية أم ولد يقال فلان استولد جاريته اذا صيرها أم ولده وعلى هذا قلنا انه يستوى فى صيرورة الجارية أم ولد الولد الحى والميت لان الميت ولد بدليل انه يتعلق به أحكام الولادة حتى تنقضى به العدة وتصير المرأة به نفساء وكذا لو أسقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه وأقر به فهو بمنزلة الولد الحى الكامل

الخلق فى تصيير الجارية أم ولد لان أحكام الولادة تتعلق بمثل هذا السقط وهو ماذكرنا وان لم يكن استبان شئ من خلقه فألقت مضغة أو علقة أو نطفة فادعاه المولى فانها لا تصير أم ولد كذا روى الحسن عن أبى حنيفة لانه ما لم يستبن خلقه لا يسمى ولدا وصيرورة الجارية أم ولد بدون الولد محال ولانه يحتمل أن يكون ولدا ويحتمل أن يكون دما جامدا أو لحما فلا يثبت به الاستيلاد مع الشك وهذا الذى ذكرنا قول أصحابنا وللشافعى فيه قولان فى قول قال يصب عليه الماء الحار فان ذاب فهو دم وان لم يذب فهو ولد وفى قول قال يرجع فيه الى قول النساء والقولان فاسدان لما ذكرنا فى كتاب الطلاق ولو أقر المولى فقال لجاريته حمل هذه الجارية منى صارت أم ولد له لان الاقرار بالحمل اقرار بالولد اذ الحمل عبارة عن الولد وروى عن أبى يوسف أنه قال اذا قال حمل هذه الجارية منى أو قال هى حبلى منى أو قال ما فى بطنها من ولد فهو منى ثم قال بعد ذلك لم تكن حاملا وانما كان ريحا وصدقته الامة فانهما لا يصدقان وهى أم ولد لانه أقر بحملها والحمل عبارة عن الولد وذلك يثبت لها حرية الاستيلاد فاذا رجع لم يصح رجوعه ولا يلتفت الى تصديقها لان فى الحرية حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط باسقاط العبد ولو قال ما فى بطنها منى ولم يقل من حمل أو ولد ثم قال بعد ذلك كان ريحا وصدقته لم تصر أم ولد لان قوله ما فى بطنها يحتمل الولد والريح فقد تصادقا على اللفظ المحتمل فلم يثبت الاستيلاد ولو قال المولى ان كانت هذه الجارية حبلى فهو منى فأسقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه صارت أم ولد لما بينا فان ولدت ولدا لاقل من ستة أشهر صارت أم ولد له ولان الطريق الى ثبوت نسب الحمل منه هذا لان معنى قوله ان كانت حبلى فهو منى أى انى وطئتها فان حبلت من وطء فهو منى فاذا أتت بعد هذه المقالة بولد لاقل من ستة أشهر تيقنا انها كانت حاملا حينئذ فثبت النسب والاستيلاد فان أنكر المولى الولادة فشهدت عليها امرأة لزمه النسب لان الزوج اذا كان أقر بالحمل تقبل شهادة امرأته على الولادة على ماذكرنا فى كتاب الطلاق فان جاءت لستة أشهر فصاعدا لم يلزمه ولم تصر الجارية أم ولد لانا نعلم وجود هذا الحمل فى ذلك الوقت لجواز انها حملت بعد ذلك فلا يثبت النسب والاستيلاد بالشك

﴿ فصل ﴾ وأما سبب الاستيلاد وهو صيرورة الجارية أم ولد له فقد اختلف فيه قال أصحابنا سببه هو ثبوت نسب الولد وقال الشافعى سببه علوق الولد حرا على الاطلاق بعد اتفاقهم على أن حكم الاستيلاد فى الحال هو ثبوت حق الحرية وثبوت حقيقة الحرية بعد موت المولى والاصل فيه قول النبى صلى الله عليه وسلم فى جاريته مارية القبطية لما ولدت ابراهيم ابن النبى عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها والمراد منه التسبيب أى ولدها سبب عتقها غير أنهم اختلفوا فى جهة التسبيب فقال أصحابنا هى ثبوت نسب الولد وقال الشافعى هى علوق الولد حرا مطلقا (وجه) قوله ان الولد حر بلا شك وانه جزء الام وحرية الجزء تقتضى حرية الكل اذ لا يحتمل أن يكون الكل رقيقا والجزء حرا كان ينبغى أن تعتق الام للحال الا أنه انما لا تعتق لان الولد انفصل منها وحريته على اعتبار الانفصال لا توجب حرية الام كما لو أعتق الجنين فقلنا بثبوت حق الحرية فى الحال وتأخر الحقيقة الى بعد الموت عملا بالشبهين ولنا ان الوطء المعلق أوجب الجزئية بين المولى والجارية بواسطة الولد لاختلاط الماءين وصيرورتهما شيأ واحدا وانخلاق الولد منه فكان الولد جزأ لهما وبعد الانفصال عنها ان لم يبق جزأ لها على الحقيقة فقد بقى حكما لثبوت النسب ولهذا تنسب كل الام اليه بواسطة الولد يقال أم ولده فلو بقيت حقيقة الحرية لثبتت حقيقة الحرية للحال فاذا بقيت حكما ثبت الحق على ما عليه وضع مأخذ الحجج فى ترتيب الاحكام على قدر قوتها وضعفها والى هذا المعنى أشار عمر رضى الله عنه فقال أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن تريدون بيعهن ثم اختلف أصحابنا فى كيفية هذا السبب فقال علماؤنا الثلاثة السبب هو ثبوت النسب شرعا وقال زفر هو ثبوت النسب مطلقا سواء ثبت شرعا أو حقيقة وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا تزوج جارية انسان فاستولدها ثم ملكها صارت أم ولد له عند أصحابنا لان سبب الاستيلاد هو ثبوت النسب وقد ثبت فتحقق السبب الا أنه توقف الحكم على وجود الملك فتعذر اثبات حكمه

وهو حق الحرية فى صبى الملك كما يتعذر اثبات الحقيقة فى غيره فتأخر الحكم الى وقت الملك وعند الشافعى لا تصير أم ولد له وهو قول ابراهيم النخعى لان السبب عنده علوق الولد حرا على الاطلاق ولم يوجد لان الولد رقيق فى حق مولاه واذا ملك ولده الذى استولده عتق عليه بالاجماع أما عندنا فلانه ملك ذا رحم محرم منه فيعتق وأما عنده فلانه ملك ولدا ثابت النسب منه شرعا وكذلك اذا ثبت النسب من غير مالك الجارية بوطء بشبهة ثم ملكها فقد صارت أم ولد له حين ملكها عندنا لوجود السبب وعنده لا لانعدام السبب ولو ملك الولد عتق لما قلنا ولو زنى بجارية فاستولدها بأن قال زنيت بها أو فجرت بها أو قال هو ابنى من زنا أو فجور وصدقته وصدقه مولاها فولدت ثم ملكها لم تصر أم ولد له عند أصحابنا الثلاثة وهو استحسان والقياس أن تصير أم ولد له وهو قول زفر بناء على أن السبب عنده ثبوت النسب مطلقا وقد ثبت النسب حقيقة بدليل انه لو تملك الولد عتق عليه بلا خلاف بين أصحابنا والسبب عند أصحابنا الثلاثة هو ثبوت نسب الولد شرعا ولم يثبت

﴿ فصل ﴾ وأما شرطه فما هو شرط ثبوت النسب شرعا وهو الفراش ولا فراش الا بملك اليمين أو شبهة أو تأويل الملك أو ملك النكاح أو شبهته ولا تصير الامة فراشا فى ملك اليمين بنفس الوطء بل بالوطء مع قرينة الدعوى عندنا وهى من مسائل كتاب الدعوى فلا يثبت الاستيلاد بدون الدعوة ويستوى فى الاستيلاد ملك القنة والمدبرة لاستوائهما فى اثبات النسب الا أن المدبرة اذا صارت أم ولد بطل التدبير لان أمية الولد أنفع لها ألا ترى ان أم الولد لا تسعى لغريم ولا لوارث والمدبرة تسعى ويستوى فى ثبات النسب ملك كل الجارية وبعضها وكذا فى الاستيلاد حتى لو أن جارية بين اثنين عاقت فى ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وصارت الجارية كلها أم ولد له بالضمان وهو نصف قيمة الجارية ويستوى فى هذا الضمان اليسار والاعسار ويغرم نصف العقر لشريكه ولا يضمن من قيمة الولد شيأ أما ثبوت النسب فلحصول الوطء فى محل له فيه ملك لان ذلك القدر من الملك أوجب ثبوت النسب بقدره والنسب لا يتجزأ واذا ثبت فى بعضه ثبت فى كله ضرورة عدم التجزى ولان النسب ثبت بشبهة الملك فلان يثبت بحقيقة الملك أولى وأما صيرورة الجارية كلها أم ولد له فالنصف قضية للتسبب لان نصف الجارية مملوك له والنصف الآخر اما باعتبار ان الاستيلاد لا يتجزأ فيما يمكن نقل الملك فيه فاذا ثبت فى البعض يثبت فى الكل لضرورة عدم التجزى واما باعتبار انه وجد سبب التكامل وهو النسب على كونه متجزئا فى نفسه لان سبب الاستيلاد هو ثبوت النسب والنسب لا يتجزأ والحكم على وفق العلة فثبت الاستيلاد فى نصيبه قضية للسبب ثم يتكامل فى الباقى بسبب النسب واما باعتبار سبب آخر أوجب التكامل على ما عرف فى الخلافيات ثم لا سبيل الى التكامل بدون ملك نصيب شريكه فيصير متملكا نصيب شريكه ضرورة صحة الاستيلاد فى ذلك النصيب ولا سبيل الى تملك مال الغير من غير بدل فيتملكه بالبدل وهو نصف قيمتها وانما استوى فى هذا الضمان حالة اليسار والاعسار لانه ضمان ملك كضمان المبيع وأما وجوب نصف العقر فلوجود الاقرار منه بوطء ملك الغير وانه حرام الا أن الحد لم يجب لمكان شبهة لحصول الوطء فى ملكه وملك شريكه فلا بد من وجوب العقر ولا يدخل العقر فى ضمان القيمة لان ضمان نصف القيمة ضمان الجزء وضمان البضع ضمان الجزء ولان منافع البضع لها حكم الاجزاء وضمان الجزء لا يدخل فى مثله وأما عدم وجوب نصف قيمة الولد فلانه يملك نصيب شريكه بالعلوق السابق فصار الولد جاريا على ملكه فلا يكون مضمونا عليه ولان الولد فى حال العلوق لا قيمة له فلا يقابل بالضمان ولانه كان بمنزلة الاوصاف فلا يفرد بالضمان ويستوى فى ثبوت النسب وصيرورة الجارية أم ولد ملك الذات وملك اليد كالمكاتب اذا استولد جارية من اكسابه على ما نذكر فى كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى ويستوى فى دعوة النسب حالة الصحة والمرض لان النسب من الحوائج الاصلية وكذلك اذا ادعاه أحدهما وأعتقه الآخر وخرج القول منهما معا فعتقه باطل ودعوة صاحبه أولى لان الدعوة استندت الى حالة متقدمة وهى

العلوق والعتق وقع فى الحال فصارت الدعوة أسبق من الاعتاق فكانت أولى وان ادعياه جميعاً فهو ابنهما والجارية أم ولدهما تخدم لهذا يوما ولذاك يوما ولا يضمن واحد منهما من قيمة الام لصاحبه شيأ ويضمن كل واحد منهما نصف العقر فيكون قصاصا أما ثبوت النسب منهما فمذهبنا وعند الشافعى يثبت من أحدهما ويتعين بقول القافة وهى من مسائل كتاب الدعوى وأما مصير ورة نصيب كل واحد منهما من الجارية أم ولد فلثبوت نسب ولدها منه فصار كأنه انفرد بالدعوة وانما لا يضمن أحدهما للآخر شيأ من قيمة الام لان نصيب كل واحد منهما لم ينتقل الى شريكه وانما ضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف العقر لوجود سبب وجوب الضمان وهو الاقرار بالوطء فى ملك الغير فيصير أحدهما قصاصا للآخر لعدم الفائدة فى الاستيفاء وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعا معا يثبت نسبه منهم وتصير الجارية أم ولدهم فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف لا يثبت النسب من أكثر من اثنين وعند محمد من أكثر من ثلاثة ونذكر الحجج فى كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى وان كانت الانصباء مختلفة بأن كان لاحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقى يثبت نسبه منهم ويصير نصيب كل كل واحد منهم من الجارية أم ولد له لا يتعدى الى نصيب صاحبه حتى تكون الخدمة والكسب والغلة بينهم على قدر أنصبائهم لان كل واحد منهم ثبت الاستيلاد منه فى نصيبه فلا يجوز أن يثبت فيه استيلاد غيره ولو كانت الامة بين الاب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعا معاً أو كانت بين حر وعبد فادعياه أو بين حر ومكاتب أو بين مكاتب وعبد أو بين مسلم وذمى أو بين كتابى ومجوسى أو بين عبد مسلم أو مكاتب مسلم و بين حر كافر أو بين ذمى ومرتد فحكمه يذكر فى كتاب الدعوى هذا اذا كان العلوق فى ملك المدعيين فان لم يكن بأن اشترياها وهى حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو كلاهما فهو من مسائل الدعوى نذكره هنالك ان شاء الله تعالى وكذا اذا ولدت الجارية المشتركة بين اثنين ولدين فادعى كل واحد منهما ولدا ولدتهما فى بطن أو بطنين والدعوتان خرجتا معاً أو على التعاقب وكذا اذا ولدت جارية لانسان ثلاثة أولاد فادعى أحدهم وهم ولدوا فى بطن واحد أو فى بطون مختلفة وادعى المولى أحدهم بعينه أو بغير عينه فحكم هذه الجملة فى كتاب الدعوى وكذا دعوة الاب نسب ولد جارية ابنه مع فروعها ودعوة اللقيط مع فصولها نذكرها ثمة ان شاء الله تعالى أمة بين رجلين أقر أحدهما انها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك صاحبه قال أبو حنيفة يبطل حق الشاهد فى رقبتها موسرا كان المشهود عليه أو معسرا وتخدم المشهود عليه يوما ويرفع عنها يوما فان مات المشهود عليه سعت لورثته وكانت فى حال السعاية كالمكاتبة فان أدت عتقت وكان نصف ولائها للمشهود عليه والنصف لبيت المال وهو قول أبى يوسف الآخر وقال محمد يسعى الساعة فى نصف قيمتها للمشهود عليه فاذا أدت فهى حرة لا سبيل لاحد عليها وجه قوله ان المقر قد أفسد على شريكه ملكه باقراره لانه لما لم يصدقه الشريك انقلب اقراره على نفسه فمن اشترى عبدا ثم أقر ان البائع كان قد أعتقه وأنكر البائع انه ينقلب اقراره عليه ويجعل معتقا كذا ههنا واذا انقلب اقراره على نفسه صار مقرا بالاستيلاد فى نصيبه ومتى ثبت فى نصيبه ثبت فى نصيب صاحبه لانه لم يتجزأ فقد أفسد نصيب صاحبه لكن لا سبيل الى تضمينه لان شريكه قد كذبه فى اقراره فكان لشريكه السعاية كما لو أعتق المقر نصيبه وهو معسر واذا سعت فى نصيبه وعتق نصيبه يعتق الكل لعدم تجزى العتق عنده ولهما ان المقر بهذا الاقرار يدعى الضمان على المنكر بسبب تملك الجارية لان الاستيلاد لا يتجزأ فيما يحتمل النقل والملك ويجب الضمان فيه على الشريك فى حالة اليسار والاعسار ودعوى الضمان توجب براءة الامة عن السعاية فبطل حقه فى رقبتها وبقى حق المنكر فى نصيبه كما كان ولان المقر لا يخلو اما ان كان صادقا فى الاقرار واما ان كان فيه كاذبا فان كان صادقا كانت الجارية كلها أم ولد لصاحبه فيسلم له كمال الاستخدام وان كان كاذبا كانت الجارية بينهما على ما كانت قبل الاقرار فنصف الخدمة ثابتة للمنكر بيقين واعتبار هذا المعنى يوجب ان لا سعاية عليها أيضاً فاما المقر فقد أسقط حق نفسه عن الخدمة لزعمه ان كل الخدمة لشريكه الا ان شريكه لما رد عليه بطلت خدمة اليوم وبيع

هذه

هذه الجارية متعذر لان الشاهد أقر انها أم ولد وحين ما أقر كان له ملك فيها فى الظاهر فينفذ اقراره فى حقه واذا مات
المشهود عليه فانها تسعى فى نصف قيمتها لو رثته لان فى زعم الشاهد انها اعتقت بموت صاحبه لزعمه انها أم ولد صاحبه
والامة المشتركة بين اثنين اذا أقر أحدهما على شريكه بالعتق كان له عليها السعاية وان كذبه صاحبه فى الاقرار
كذلك ههنا ونصف الولاء للمشهود عليه لانها اعتقت على ملكه ووقف النصف الآخر لان المقر أقر انه للمشهود
عليه والمشهود عليه رد عليه اقراره فلا يعرف لهذا النصف مستحق معلوم فيكون لبيت المال فان جاءت بولد فقال
أحدهما هو ابن الشريك وأنكر الشريك فالجواب فى الام كذلك وأما الولد فيعتق ويسعى فى نصف قيمته للمشهود
عليه لان الشريك المقر أقر بحرية الولد من جهة شريكه وأحد الشريكين اذا شهد على الآخر بالعتق وأنكر الآخر
يسعى العبد للمشهود عليه وفى مسئلتنا لا يسعى للشاهد لانه أقر انه حر الاصل وانه لا سعاية عليه ونظير هذه المسئلة
ماروى بشر عن أبى يوسف فى جارية بين شريكين ادعى أحدهما ان شريكه دبرها وأنكر الشريك فان أباحنيفة قال
الشاهد بالخيار ان شاء دبر نخدمته يوما والآخر يوما وان شاء أمسك ولم يدبر نخدمته يوما والآخر يوما وان شاء
استسعاها فى نصف قيمتها فسعت له يوما وخدمت الآخر يوما فاذا ادت فعتقت سعت للآخر وكان قول أبى
يوسف فى ذلك انها كام الولد ثم رجع وقال توقف كما قال أبو حنيفة الا فى تبعيض التدبير وقال محمد تسعى الساعة ووجه
قول محمد على نحو ما ذكرنا فى الاستيلاد وهو ان الشريك لما لم يصدقه فى اقراره انقلب عليه اقراره وثبت التدبير فى
نصيبه وانه يتعدى الى نصيب المنكر لعدم تجزى التدبير عنده فقد أفسد نصيب المنكر وتعذر ايجاب الضمان عليه
للمنكر لتكذيبه اياه فتسعى الجارية له كما لو أنشأ التدبير فى نصيبه ومن أصل أبى حنيفة ان التدبير يتجزأ فلا يصير
نصيبه باقراره بالتدبير على صاحبه مدبرا كما لو دبر أحد الشريكين نصيبه انه يبقى نصيب الآخر على حاله وله التدبير
والاستسعاء والترك على حاله الا أن ههنا لو اختار السعاية فانما يستسعاها يوما ويتركها يوما لانه لا يملك جميع منافعها فلا
يملك ان يستسعى الا على مقدار حقه فاذا أدت عتق نصيبه ويسعى للمنكر فى نصيبه لانه فسد نصيبه وتعذر تضمين
المقر فكان له ان يستسعى وأبو يوسف وافق أباحنيفة الا انه يقول ان التدبير يتجزأ فهو بدعوى التدبير على شريكه
يدعى الضمان عليه موسرا كان أو معسرا فكان مبرئا للامة عن السعاية فلم يبق له حق الاستسعاء ولا حق الاستخدام
فيوقف نصيبه والله عز وجل أعلم وروى ابن سماعة عن أبى يوسف انه اذا شهد كل واحد منهما بالتدبير على صاحبه
أو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالاستيلاد فلا سبيل لواحد منهما على صاحبه ولا على الامة موسرين كانا أو
معسرين لان كل واحد منهما يدعى حق الحرية من جهته والابراء للامة من السعاية ويدعى الضمان على شريكه وهذا
قول أبى حنيفة وأبى يوسف فأما محمد فوافق أباحنيفة فى هذا الفصل لان كل واحد من الشريكين ههنا أبرأ الامة
من السعاية وادعى الضمان على شريكه وروى المعلى عن أبى يوسف فى عبد بين شريكين قال أحدهما للآخر هذا
ابنى وابنك أو ابنك وابنى فقال الآخر صدقت فهو ابن المقر خاصة دون المصدق وكذلك قال محمد فى الزيادات فى
صبى لا يعقل فى يد رجلين قال أحدهما للآخر هو ابنى وابنك وصدقه صاحبه وانما كان كذلك لانه لما قال هو ابنى
فكما قال ذلك ثبت نسبه منه لوجود الاقرار منه بالنسب فى ملكه فلا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك قال محمد لو قال
هذا ابنك وسكت فلم يصدقه صاحبه حتى قال هو ابنى معك فهو موقوف فان قال صاحبه هو ابنى دونك فهو كما قال
لانه أقر له بالنسب ابتداء وسكت فقد استقر اقراره ووقف على التصديق فقوله بعد ذلك هو ابنى يتضمن ابطال
الاقرار فلا يسمع فاذا وجد التصديق من المقر له ثبت النسب منه قال فان قال المقر له ليس بابنى ولكنه ابنك أو قال
ليس بابنى ولا ابنك أو قال ليس بابنى وسكت فليس بابن لواحد منهما فى قياس قول أبى حنيفة وقال محمد ان صدقه
فهو ابن المقر له وان كذبه فهو ابن المقر فهذا فرع اختلافهم فيمن أقر بعبد انه ابن فلان وكذبه المقر له وادعاه المولى انه لم
تصح دعوته فى قول أبى حنيفة وفى قولهما تصح ووجه قولهما انه لما كذبه المقر له فقد بطل اقراره كما فى الاقرار بالمال

واذا بطل اقراره التحق بالعدم فجاز ان يدعيه لنفسه ولابى حنيفة انه لما أقر بالنسب لغيره فقد زعم انه ثابت النسب منه فتكذيبه ينفى ثبوت النسب منه فى حقه لا فى حق الشريك بل بقى ثابت النسب منه فى حقه فاذا ادعى ولدا هو ثابت النسب من الغير فى حقه فلا تسمع دعواه ولو قال هوابنى وابنك فهو من الثانى لانه لما قال هوابنى فقد صدقه فقد ثبت نسبه منه فاقراره بعد ذلك بقوله وابنك لم يصح قال محمد فان كان هذا الغلام يعقل فالمرجع الى تصديقه لانه اذا كان عاقلا كان فى يد نفسه فلا تقبل دعوى النسب عليه من غير تصديقه قال وان كان الولد من أمة ولدته فى ملكهما فالجواب كالاول فى النسب ان على قول أبى حنيفة لا يثبت من المقر بعد اعترافه لشريكه وعلى قولهما يثبت قال والامة أم ولد لمن ثبت النسب منه لان الاستيلاد يتبع النسب ومن هذا النوع ما اذا اشترى رجلان جارية فجاءت بولد فى ملكهما لستة أشهر فصاعدا وادعى أحدهما ان الولد ابنه وادعى الآخر ان الجارية بنته وخرجت الدعوتان معا فالدعوة دعوة من يدعى الولد ودعوة مدعى الام باطلة لان مدعى الولد دعوته دعوة الاستيلاد والاستيلاد يستند الى وقت العلوق ومدعى الام دعوة تحرير والتحرير يثبت فى الحال ولا يستند فكانت دعوة مدعى الولد سابقة فثبت نسب الولد منه ويصير نصيبه من الجارية أم ولد له وينتقل نصيب شريكه منها اليه فكان دعوى الشريك دعوى فيما لا يملك فلا يسمع وهل يضمن مدعى الولد بنصف قيمة الام ونصف عقرها قال محمد يضمن وذكر فى الجامع الكبير ان هذا قياس قول أبى حنيفة وهى رواية بشر بن الوليد عن أبى يوسف وروى ابن سماعة عن أبى يوسف انه لا شئ على مدعى الولد من قيمة الام ولا من العقر ولا شئ له أيضا على مدعى الام فان أكذب مدعى الام نفسه فله نصف قيمة الام ونصف عقرها على مدعى الولد وذكر الكرخى ان هذا القول أقيس ووجهه ان مدعى الام اقر انها حرة الاصل فكان منكرا ضمان القيمة فلا يثبت له حق التضمين فان رجع عن دعواه وأكذب نفسه ثبت له حق الضمان الذى اعترف به له شريكه وجه قول أبى حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف انه لما ثبت نسب الولد من المدعى فقد صار نصيبه من الجارية أم ولد فكذا نصيب شريكه لعدم تجزى الجارية فى حق الاستيلاد فيما يحتمل النقل فصار متلفا نصيب شريكه عليه ولا يجوز تملك مال الغير الا بعوض فيضمن لشريكه نصف قيمة الام ويضمن له نصف عقر الجارية أيضا لان الوطء لاقاها ونصفها مملوك للشريك فصادف ملك غيره فيجب به العقر وأما قوله ان مدعى الام أقر أنها حرة الاصل فالجواب من وجهين أحدهما انه لما قضى بكونها أم ولد للمدعى فقد صار مكذبا شرعا فبطل كما لو ادعى المشترى انه اشترى الدار بألف وادعى البائع البيع بألفين وأقام البائع البينة وقضى القاضى بألفين على المدعى عليه ان الشفيع يأخذها بالالفين من المشترى وان سبق من المشترى الاقرار بالشراء بألف لما انه كذبه شرعا كذا هذا والثانى ان اقراره بحريتها وجد بعد ما حكم بزوالها عن ملكه لانها جعلت زائلة عنه من وقت العلوق فلم يصح اقراره فلم يصر اقراره ابراء اياه عن الضمان كما فى مسئلة الشفيع ومن مسائل دعوى الولد اذا كاتب الرجل أمته فجاءت بولد ليس له نسب معروف فادعاه المولى ثبت نسبه منه صدقته أم كذبته وسواء جاءت بالولد لستة أشهر أو لاكثر أو لاقل فان نسب الولد يثبت على كل حال اذا ادعاه لان المكاتبة باقية على ملك المولى فكان ولدها مملوكا له ودعوة المولى ولد أمته لا تقف صحتها على التصديق وعتق الولد لان نسبه ثبت من المولى ولا ضمان عليه فيه لان غرض المكاتبة من الكتابة عتقها وعتق أولادها وقد حصل لها هذا الغرض فلا يضمن لها شيأ ثم ان جاءت بالولد لاكثر من ستة أشهر فعليه العقر لانه تبين أن الوطء حصل فى حال الكتابة وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ كاتبها فلا عقر عليه لانه علم أنه وطئها قبل الكتابة والمكاتبة بالخيار ان شاءت مضت على كتابتها وان شاءت عجزت لان الحرية توجهت اليها من جهتين ولها فى كل واحدة منهما غرض صحيح لان بالكتابة تتعجل لها الحرية وبالاستيلاد تسقط عنها السعاية فكان التخيير مفيدا فكان لها أن تختار أيهما شاءت وان ادعى المولى ولد جارية المكاتب له وقد علقت به فى ملك المكاتب فانه يرجع الى تصديق المكاتب فان كذب المولى لم يثبت نسب

الولد ولا تصير الجارية أم ولد له وكانت الجارية وولدها مملوكين وان صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد وذكر محمد في الزيادات ولم يحك خلافا وكذا ذكر في الدعاوى الا انه قال أستحسن ذلك اذا كان الحبل في ملك المكاتب وهذا يشير الى أن القياس ان لا يعتق الولد وان صدقه المكاتب وهو رواية عن أبي يوسف وروى ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف أن المولى يصدق بغير تصديق المكاتب وجه القياس أنه لما لم يقبل قوله بغير تصديق فكذا مع التصديق لان المكاتب لا يملك التحرير بنفسه فلا يملك التصديق بالحرية أيضا وجه الرواية الاخرى لابي يوسف أن حق الرجل في مال مكاتبه أقوى من حقه في مال ولده فلما ثبت النسب في جارية الابن من غير تصديق فههنا أولى وجه ظاهر الرواية ان حق المكاتب في كسبه أقوى من حق المولى بدليل انه لا يملك النزع من يده فكان المولى في حق ملك التصرف في مال المكاتب بمنزلة الاجنبي فتتوقف صحة دعوته على تصديق المكاتب فان صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد لانه يشبه ولد المغرور لثبوت الملك في الام من وجه دون وجه لان ملك الذات في المكاتب للمولى وملك التصرفات للمكاتب كالمغرور وأنه يثبت الملك في الام ظاهرا وللمستحق حقيقة وولد المغرور حر بالقيمة قال محمد في الزيادات اذا اشترى المكاتب أمة حاملا فادعى مولاها ولدها أو اشترى عبد أصغيرا فادعاه لم تجز دعوته الا بالتصديق كما في المسئلة الاولى الا ان هناك اذا صدقه يثبت النسب و يعتق وههنا ان صدقه المكاتب ثبت نسبه ولا يعتق لان تلك الدعوة دعوة استيلاد لعدم العلوق في الملك فكانت دعوة تحرير والمولى لا يملك تحريره الا ترى انه لو أعتقه لا تصح الا ان النسب يثبت وليس من ضرورة ثبوت النسب ثبوت العتق الا ترى ان من ادعى ولد أمة أجنبي فصدقه مولاه يثبت النسب ولا يعتق في الحال كذا ههنا

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الاستيلاد فالاستيلاد لا يتجزأ عند أبي يوسف ومحمد كالتدبير وعند أبي حنيفة هو متجزئ الا انه قد يتكامل عند وجود سبب التكامل وشرطه وهو امكان التكامل وقيل انه لا يتجزأ عنده أيضا لكن فيما يحتمل نقل الملك فيه وأما فيما لا يحتمل فهو متجزئ عنده وبيان هذا ما ذكرنا فيما تقدم في الامة القنة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما ان كلها صارت أم ولد له وان ادعياه جميعا صارت أم ولدهما جميعا ثم أم الولد الخالصة اذا أعتق المولى نصفها عتق كلها بالاجماع وكذا اذا كانت بين اثنين فاعتق أحدهما نصيبه عتق جميعها بلا خلاف لكن عندهما لعدم تجزى الاعتاق وعنده لعدم الفائدة في بقاء حكم الاستيلاد في الباقي لا باعتاقه كما في الطلاق والعفو عن القصاص على ما بينا في كتاب العتاق ولا ضمان على الشريك المعتق ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة وسنأتي المسئلة في موضعها والفرق بين المدبر وأم الولد في هذا الحكم ان شاء الله تعالى ولو كانت مدبرة صار نصيب المدعي أم ولد له ونصيب الآخر بقي مدبرا على حاله وان كانت مكاتبة بين اثنين صار نصيب المدعي أم ولد عند أبي حنيفة وتبقى الكتابة وعندهما يصير الكل أم ولد للمدعي وتنفسخ الكتابة في النصف وهي من مسائل كتاب المكاتب

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الاستيلاد فنوعان أيضا كحكم التدبير أحدهما يتعلق بحال حياة المستولد والثاني يتعلق بما بعد موته أما الاول فما ذكرنا في التدبير وهو ثبوت حق الحرية عند عامة العلماء وقال بشر بن غياث المريسي وداود بن علي الاصفهاني امام أصحاب الظاهر لا حكم له في الحال وعلى هذا تبتنى جملة من الاحكام فلا يجوز بيع أم الولد عند العامة وعندهما يجوز واحتجا بما روى عن جابر بن عبد الله انه قال كنا نبيع أمهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانها مملوكة له بدليل انه يحل له وطؤها ولا يحل الوطء الا في الملك وكذا تصح اجارتها وكتابتها فدل انها مملوكة له فيجوز بيعها كبيع القنة ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أم الولد لا تباع ولا توهب وهي حرة من جميع المال وهذا نص في الباب وروى عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في أم ابراهيم عليه السلام أعتقها ولدها فظاهره يقتضي ثبوت حقيقة الحرية للحال أو الحرية من كل وجه الا انه تأخر ذلك الى ما بعد الموت بالاجماع فلا أقل من انعقاد سبب الحرية أو الحرية من وجه وكل ذلك عدم

يمنع جواز البيع وروى ان سعيد بن المسيب سئل عن بيع أمهات الاولاد فقال ان الناس يقولون ان أول من أمر بعتق أمهات الاولاد عمر بن الخطاب وليس كذلك لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم أول من أعتقهن ولا يجعلن فى الثلث ولا يستسعين فى دين وعن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد وان لا يبعن فى الدين ولا يجعلن فى الثلث وكذا اجمع التابعون على انه لا يجوز بيع أم الولد فكان قول بشر وأصحاب الظواهر مخالفا للاجماع فيكون باطلا ومن مشايخنا من قال عليه اجماع الصحابة أيضا لما روى عن على رضى الله عنه انه سئل عن بيع أمهات الاولاد فقال كان رأيى ورأى عمر أن لا يبعن ثم رأيت بيعهن فقال له عبيدة السلمانى رأيك مع الجماعة أحب الى من رأيك وحدك وفى رواية أخرى عن على رضى الله عنه اجتمع رأيى ورأى عمر فى ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على عتق أمهات الاولاد ثم رأيت بعد ذلك ان يبعن فى الدين فقال عبيدة رأيك ورأى عمر فى الجماعة أحب الى من رأيك فى الفرقة فقول عبيدة فى الجماعة اشارة الى سبق الاجماع من الصحابة رضى الله عنهم ثم بدا لعلى رضى الله عنه فيحمل خلافه على أنه كان لا يرى استقرار الاجماع مالم ينقرض العصر ومنهم من قال كانت المسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم فكان على وجابر رضى الله عنهما يريان بيع أم الولد لكن التابعين أجمعوا على أنه لا يجوز والاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند أصحابنا لما عرف فى أصول الفقه ولان أم الولد تعتق عند موت السيد بالاجماع ولا سبب سوى الاستيلاد السابق فعلم أنه انعقد سببا للحال لثبوت الحرية بعد الموت وأنه يمنع جواز البيع لما بينا فى التدبير وأما حديث جابر رضى الله عنه فيحتمل أنه أراد بالبيع الاجارة لانها تسمى بيعا فى لغة أهل المدينة ولانها بيع فى الحقيقة لكونها مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب ويحتمل أنه كان فى ابتداء الاسلام حين كان بيع الحر مشروعا ثم انتسخ بانتساخه فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما قوله انها مملوكة للمستولد فنعم لكن هذا لا يمنع انعقاد سبب الحرية من غير حرية أصلا ورأسا وهذا القدر يكفى للمنع من جواز البيع لما ذكرنا فى كتاب التدبير وسواء كان المستولد مسلما أو كافرا مرتدا أو ذميا أو مستأمنا خرج الى دارنا ومعه أم ولده لا يجوز له بيعها لانها أم ولد لان أمية الولد تتبع ثبات النسب والكفر لا يمنع ثبوت النسب ولما دخل المستأمن دار الاسلام بامان فقد رضى بحكم الاسلام ومن حكم الاسلام أن لا يجوز بيع أم الولد وكذلك كل تصرف يوجب بطلان حق الحرية الثابتة لها بالاستيلاد لا يجوز كالهبة والصدقة والوصية والرهن لان هذه التصرفات توجب زوال ملك العين فيوجب بطلان هذا الحق ومالا يوجب بطلان هذا الحق فهو جائز كالاجارة والاستخدام والاستسعاء والاستغلال والاستمتاع والوطء لانها تصرف فى المنفعة لا فى العين والمنافع مملوكة له والاجرة والكسب والغلة والعقر والمهر للمولى لانها بدل المنفعة والمنافع على ملكه وكذا ملك العين قائم لان العارض وهو التدبير لم يؤثر الا فى ثبوت حق الحرية من غير حرية فكان ملك اليمين قائما وانما الممنوع منه تصرف يبطل هذا الحق وهذه التصرفات لا تبطله وكذا الارش له بدل جزء هو ملكه وله أن يزوجها لان التزويج تمليك المنفعة ولا ينبغى أن يزوجها حتى يستبرئها بحيضة لاحتمال أنها حملت منه فيكون النكاح فاسدا او يصير الزوج بالوطء ساقيا ماءه زرع غيره فكان التزويج تعريضا للفساد فينبغى أن يتحرز من ذلك بالاستبراء لكن هذا الاستبراء ليس بواجب بل هو مستحب كاستبراء البائع ولو زوجها فولدت لاقل من ستة أشهر فهو من المولى والنكاح فاسد لانه تبين أنه زوجها وفى بطنها ولد ثابت النسب منه وان ولدت لاكثر من ستة أشهر فهو ولد الزوج لان الزوج له فراش والولد للفراش على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا فراش للمولى لزوال فراشه بالنكاح فان ادعاه المولى وقال هذا ابنى لا يثبت نسبه منه لسبق ثبوته من غيره وهو الزوج فلا يتصور ثبوته فلا تصح دعوته لكنه يعتق عليه لانه فى ملكه وقد أقر بحريته فيعتق عليه وان لم يثبت نسبه منه كما اذا قال لعبده هذا ابنى وهو معروف النسب من الغير ونسب ولد أم الولد يثبت من المولى من غير دعوة عند عدم الحرمة الا اذا حرمت عليه حرمة مؤبدة فجاءت بولد لستة أشهر من وقت

الحرمة أو زوجها فجاءت بولد لستة أشهر من وقت التزويج فلا يثبت نسبه الا بالدعوة وانما قلنا أنه يثبت نسب ولدها من المولى من غير دعوة عند عدم الحرمة المؤبدة والنكاح لانها صارت فراشا بثبوت نسب ولدها والولد المولود على الفراش يثبت نسبه من غير دعوة قال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش بخلاف الامة القنة أو المدبرة لانه لا يثبت نسب ولدها وان حصنها المولى وطلب ولدها بدون الدعوة عندنا فلا تصير فراشا بدون الدعوة ثم انما يثبت نسب ولد أم الولد بدون الدعوة دون ولد القنة والمدبرة لان الظاهر ان ولد أم الولد من المولى لانه لا يتحرز عن الاعلاق اذ التحرز لخوف فوات ماليتها وقد حصل ذلك منه فالظاهر ان لا يعزل عنها بل يعلقها فكان الولد منه من حيث الظاهر فلا تقع الحاجة الى الدعوة بخلاف القنة والمدبرة فان هناك الظاهر أنه لا يعلقها بل يعزل عنها تحرزا عن اتلاف المالية فلا يعلم أنه منه الا بالدعوة فلا يثبت النسب الا بالدعوة فهو الفرق والله عز وجل أعلم فان صارت أم الولد محرمة على المولى على التأبيد بان وطئها ابن المولى أو أبوه أو وطئ المولى أمها أو بنتها فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر لم يثبت نسب الولد الذي أتت به بعد التحريم من غير دعوة لان الظاهر أنه ما وطئها بعد الحرمة فكان حرمة الوطء كالنفي دلالة وان ادعى يثبت النسب لان الحرمة لا تزيل الملك وذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي أصلا فقال اذا حرمت أم الولد بما يقطع نكاح الحرة و يزيل فراشها مثل المسائل التي ذكرنا لا يثبت نسب ولدها من مولاها الا أن يدعيه لان فراش الزوجة أقوى من فراش أم الولد وهذه المعاني تقطع فراش الزوجة فلان تقطع فراش أم الولد أولى وكذلك اذا زوجها فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر لانها صارت فراشا للزوج فيستحيل أن تصير فراشا لغيره الا أنه اذا ادعى يعتق عليه كما اذا قال لعبده وهو معروف النسب من الغير هذا ابني وان حرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحرة لا يزيل فراشها مثل الحيض والنفاس والاحرام والصوم يثبت نسب ولدها منه لانه تحريم عارض لا يغير حكم الفراش وللمولى أن ينفي ولد أم الولد من غير لعان أما النفي فلانه يملك العزل عنها بغير رضاها فاذا أخبر عن ذلك فقد أخبر عما يملك فكان مصدقا وأما النفي من غير لعان فلان فراش أم الولد أضعف من فراش الحرة وهذا أصل يذكر في كتاب الدعوى أن الفرش ثلاثة قوي وضعيف ووسط فالقوي هو فراش النكاح حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة ولا ينتفي الا باللعان والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه من غير دعوة والوسط فراش أم الولد حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة و ينتفي من غير لعان لانه يحتمل الانتقال بالتزويج فيحتمل الانتفاء بالنفي بخلاف فراش الزوجة ثم انما ينتفي بالنفي اذا لم يقض به القاضي أو لم تتطاول المدة فاما اذا قضى القاضي به أو تطاولت المدة فلا ينتفي لانه تأكد بقضاء القاضي فلا يحتمل النفي بعد ذلك وكذا تطاول المدة من غير ظهور النفي اقرار منه دلالة والنسب المقر به لا ينتفي بالنفي ولم يقدر أبو حنيفة لتطاول المدة تقديرا وأبو يوسف ومحمد قدراه بمدة النفاس أربعين يوما وقد ذكرنا في كتاب اللعان وولد أم الولد من غير مولاها بمنزلة الام بان زوج أم ولده فولدت ولدا لستة أشهر فصاعدا من وقت التزويج لان الولد يتبع الام في الرق والحرية وقد ثبت حق الحرية في الام فيسري الى الولد فكان حكمه حكم الام في جميع الاحكام هذا اذا استولد جارية في ملكه فان كان استولدها في ملك غيره بنكاح حتى يثبت نسب ولدها منه ثم ملكها ولها ولد من زوج آخر بان استولدها ثم فارقها فزوجها المولى من آخر فجاءت بولد ثم ملكها يوما من الدهر وولدها صارت الجارية أم ولد له عند أصحابنا ولا يصير ولدها ولد أم ولد حتى يجوز بيعه في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر اذا ملك من ولدته بعد ثبوت نسب ولدها منه فهو ولد أم ولده يثبت فيه حكم الام وجه قوله أن الاستيلاد وان كان في ملك الغير لكنه لما ملكها فقد صارت أم ولد عند أصحابنا وانما صارت أم ولد بالعلوق السابق والولد حدث بعد ذلك فيحدث على وصف الام فاذا ملكه يثبت فيه الحكم الذي يثبت في الام ولنا أن الاستيلاد في الام وهو أمية الولد شرعا انما تثبت وقت ملك الام والولد منفصل في ذلك الوقت والسراية لا تثبت في الولد المنفصل و يتعلق الدين بكسبها لا برقبتها لانها لا تقبل البيع لما ذكرنا وتسعى

في ديونها بالغة ما بلغت لان الدين عليها الا في رقبتها وارش جنايتها على المولى وهو الاقل من قيمتها ومن الارش وليس على المولى الاقدر قيمتها وان كثرت الجنايات كالمدبر ويجوز اعتاقها لما فيه من استعجال مقصودها وهو الحرية ولو أعتق المولى نصفها يعتق كلها وكذا اذا كانت مشتركة بين اثنين فاعتق أحدهما نصيبه عتق جميعها لما ذكرنا ولا ضمان على المعتق ولا سعاية عليها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد ان كان المعتق موسرا ضمن لشريكه وان كان معسرا سعت في نصف قيمتها للشريك الذي لم يعتق ولو مات عن أم ولد بينه وبين شريكه عتق جميعها ولا ضمان عليه بالاجماع لانه لا صنع له في الموت ويقع الاختلاف في السعاية عند أبي حنيفة لا سعاية عليها وعندهما عليها السعاية وعلى هذا الخلاف الغصب والقبض في البيع الفاسد انها لا تضمن في قول أبي حنيفة وعندهما تضمن ولا خلاف في المدبرة انها تضمن بهذه الاسباب ولقب المسئلة ان أم الولد هل هي متقومة من حيث انها مال أم غير متقومة عنده غير متقومة من هذه الجهة وعندهما متقومة وأجمعوا على انها متقومة من حيث انها نفس ولا خلاف في ان المدبر متقوم من حيث انه مال وربما تلقب المسئلة بان رق أم الولد هل له قيمة أم لا ذكر محمد في الاملاء انها تضمن في الغصب عند أبي حنيفة كما يضمن الصبي الحر اذا غصب يعني اذا مات عن سبب حادث بان عقره سبع أو نهشته حية أو نحو ذلك وجه قولهما ان أم الولد مملوكة للمولى ولا شك ولهذا يحل له وطؤها واجارتها واستخدامها وكتابتها وملكه فيها معصوم لان الاستيلاد لم يوجب زوال العصمة فكانت مضمونة بالغصب والاعتاق والقبض في البيع الفاسد كالمدبر والدليل على ان رقها متقوم ان أم ولد النصراني اذا أسلمت تخرج الى العتاق بالسعاية فلولا ان ماليتها متقومة لعتقت مجانا ولم يكن للمولى أخذ السعاية بدلا عن ماليتها وكذا يجوز للمولى أن يكاتبها والاعتياض انما يجوز عن مال متقوم والدليل عليه انها تضمن بالقتل بالاجماع ولابي حنيفة قول النبي صلى الله عليه وسلم لمارية لما ولدت ابراهيم عليه السلام أعتقها ولدها فظاهر الحديث يقتضي ثبوت العتق في الحال في حق جميع الاحكام الا انه خص منه الاستمتاع والاستخدام بالاجماع ولا اجماع في التقويم فكانت حرة في حق التقويم بظاهر الحديث وكذا سبب العتق للحال موجود وهو ثبوت نسب الولد لان ذلك يوجب الاتحاد بين الواطئ والموطوءة ويجعلهما نفسا واحدة فقضيته ثبوت العتق للحال في جميع الاحكام الا انه لم يظهر في سائر الاحكام بالاجماع فيظهر في حق سقوط التقوم بخلاف المدبر لان هناك السبب وهو التدبير أضيف الى ما بعد الموت لان التدبير اثبات العتق عن دبر الا انه جعل سببا للحال لضرورة ذكرناها في بيع المدبر والثابت بالضرورة يتقيد بقدر الضرورة والضرورة في حرمة البيع لا في سقوط التقوم وههنا الامر على القلب من ذلك لان السبب يقتضي الحكم للحال والتأخر على خلاف الاصل والدليل على انها غير متقومة من حيث انها مال انها لا تسعى لغريم ولا لوارث ولو كانت متقومة من حيث انها مال لثبت للغريم حق فيها وللوارث في ثلثيها فيجب ان يسعى في ذلك كالمدبر والسعاية مبنية على هذا الاصل لان استسعاء العبد يكون بقيمته ولا قيمة لام الولد فلا سعاية عليها وأما قوله ان ملك المولى فيها قائم بعد الاستيلاد والعصمة قائمة فمسلم لكن قيام الملك والعصمة لا يقتضي التقوم كملك القصاص وملك النكاح وملك الخمر وجلد الميتة وأما أم ولد النصراني اذا أسلمت فالجواب من وجهين أحدهما انها متقومة في زعمهم واعتقادهم ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون فاذا دانوا تقومها يتركون وذلك ولذلك جعلت خمورهم متقومة كذا هذا والثاني ان أم ولد النصراني اذا أسلمت تجعل مكاتبة للضرورة اذ لا يمكن القول بعتقها لان ملك الذمي ملك محترم فلا يجوز ابطاله عليه ولا سبيل الى ابقائها على ملكه يستمتع بها ويستخدمها لما فيه من الاستذلال بالمسلمة ولا وجه الى دفع المذلة عنها بالبيع من المسلم لخروجها بالاستيلاد عن محلية البيع فتجعل مكاتبة وضمان الكتابة ضمان شرط ولانه لا يوقف على كون ما يقابله مالا متقوما كما في النكاح والخلع ثم اذا سعت تسعى وهي رقيقة عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تسعى وهي حرة ووجه قوله ان الاستسعاء استذلال بها وهذا لا يجوز ولنا ما ذكرنا ان في الحكم بعتقها ابطال ملك الذمي عليه وتتعلق ديونه بذمة المفلس وملكه معصوم

والاستدلال فى الاستمتاع والاستخدام لا فى نفس الملك ألا ترى ان أمة النصرانى اذا أسلمت فكاتبها المولى لا تجبر على البيع وقد خرج الجواب عن الكتابة وانما ضمنت بالقتل لان ضمان القتل ضمان الدم والنفس وانها متقومة من هذه الجهة وماذكر محمد فى الاملاء عن أبى حنيفة فذلك ضمان القتل لانه اذا لم يحفظها حتى هلكت بسبب حادث فقد تسبب لقتلها وتجوز كتابتها كما يجوز اعتاقها لما فيه من تعجيل العتق اليها ولا تشكل الكتابة على أصل أبى حنيفة انها معاوضة ورق أم الولد لا قيمة له فلا يجوز ان يستحق المولى عليه عوضا لان صحة المعاوضة لا تقف على كون المعوض مالا أصلا فضلا عن كونه متقوما كما فى النكاح والخلع فان مات المولى قبل ان تؤدى بدل الكتابة عتقت ولا شىء عليها أما العتق فلانها كانت أم ولد وقد مات مولاها وأما العتق بغير شىء فلان الكتابة قد بطلت لان الحرية توجهت اليها من وجهين الاستيلاد والكتابة فاذا ثبت العتق باحدهما بطل حكم الآخر وكذا يجوز اعتاقها على مال وبيعها نفسها حتى اذا قبلت عتقت والمال دين عليها لان الاعتاق على مال من باب تعجيل الحرية وأما الذى يتعلق بما بعد موت المولى فمنها عتقها لان عتقها كان معلقا شرعا بموت المولى لما روى عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل ولدت أمته منه فهى معتقة عن دبر منه وقد روينا عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين ولدت أم ابراهيم عليه السلام أعتقها ولدها ومعلوم انه لا يثبت حقيقة العتق فى حال الحياة فلو لم يثبت بعد الموت لتعطل الحديث ولان سبب ثبوت العتق قد وجد وهو ثبوت نسب الولد ولم يعمل فى حال الحياة فلو لم يعمل بعد الموت لبطل السبب ويستوى فيه الموت الحقيقى والحكمى بالردة واللحوق بدار الحرب لما ذكرنا فى كتاب التدبير وكذا الحربى والمستأمن اذا اشترى جارية فى دار الاسلام واستولدها ثم رجع الى دار الحرب فاشترى الحربى عتقت الجارية لما ذكرنا فى المدبر وكذا يعتق ولدها الذى ليس من مولاها اذا سرت أمية الولد اليها على ما بينا لان الولد يتبع الام فى الرق والحرية ومنها انها تعتق من جميع المال ولا تسعى للوارث ولا للغريم بخلاف المدبرة لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أم الولد لا تباع ولا توهب وهى حرة من جميع المال وهذا نص ورويناعن سعيد بن المسيب انه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث ولا يبعن فى دين ولا يجعلن فى الثلث وفى بعض الروايات ولا يجعلن فى الثلث ولا يستسعين فى دين وفى بعضها أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث ولا يبعن فى دين ولان سبب ثبوت حرية أم الولد هو ثبوت نسب الولد والنسب لا تجامعها السعاية كذا حرية الاستيلاد ومنها ان ولاءها للمولى لان الاعتاق منه لما بينا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به الاستيلاد فظهوره باقرار المولى ثم ان أقر به فى حال الصحة ان هذه الجارية قد ولدت منه فقد صارت أم ولده سواء كان معها ولد أو لم يكن لان الاقرار فى حال الصحة لا تهمة فيه فيصح سواء كان معها ولد او لم يكن ولهذا لو أعتقها فى الصحة يعتبر من جميع المال وان كان الاقرار به فى مرض موته فان كان معها ولد صارت أم ولده أيضا وتعتق من جميع المال اذا مات المولى لان كون الولد معها دليل الاستيلاد فكان الظاهر شاهدا له فيصح اقراره ولان التسبب من الحوائج الاصلية وتصرف المريض فى مرض الموت فيما يحتاج اليه حاجة أصلية نافذ كشراء الطعام والكسوة ونحو ذلك وان لم يكن معها ولد عتقت من الثلث لانه متهم فى اقراره فى حق سائر الورثة ولم يوجد ما ينفى التهمة وهو الولد وكذا اذا لم يكن معها ولد لا تحتاج الى التسبب فيصير قوله هذه أم ولدى كقوله هذه حرة بعد موتى فتعتق بعد موته من الثلث

﴿ كتاب المكاتب ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان جواز المكاتبة وفى بيان ركن المكاتبة وفى بيان شرائط

الركن وفي بيان ما يملكه المكاتب من التصرفات وما لا يملكه وفي بيان ما يملكه المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه وفي بيان صفة المكاتبة وفي بيان حكم المكاتبة وفي بيان ما ينفسخ به المكاتبة أما الاول فالقياس أن لا تجوز المكاتبة لما فيها من ايجاب الدين للمولى على عبده وليس يجب للمولى على عبده دين وفي الاستحسان جائز بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله عز وجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وأدنى درجات الامر الندب فكانت الكتابة مندوبا بها فضلا عن الجواز وقوله عز وجل ان علمتم فيهم خيرا أي رغبة في اقامة الفرائض وقيل وفاء لامانة الكتابة وقيل حرفة وروى هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في قوله عز وجل خيرا أي حرفة ولا ترسلوهم كلا على الناس وأما السنة فروى محمد بن الحسن باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها كلها الا عشر أواق فهو رقيق وقال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وروى أن عائشة رضي الله عنها كاتبت بريرة بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليها وعليه اجماع الامة وبه تبين ان قول داود بن علي الاصفهاني ان الكتابة واجبة قول مخالف للاجماع وان تعلقه بظاهر الامر لا يصح لان الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يتركون مماليكهم بعد موتهم ميراثا لورثتهم من غير نكير فعلم ان ليس المراد من هذا الامر الوجوب وأما الجواب عن وجه القياس ان المولى لا يجب له على عبده دين فهذا على الاطلاق ممنوع وانما نسلم ذلك في العبد القن لا في المكاتب والمستسعى لان كسب القن ملك المولى وكسب المكاتب والمستسعى ملكهما لا حق للمولى فيه فكان المولى كالاجنبي عن كسب المكاتب فأمكن ايجاب الدين للمولى عليه

﴿فصل﴾ وأما ركن المكاتبة فهو الايجاب من المولى والقبول من المكاتب أما الايجاب فهو اللفظ الدال على المكاتبة نحو قول المولى لعبده كاتبتك على كذا سواء ذكر فيه حرف التعليق بأن يقول على أنك ان أديت الي فأنت حر أو لم يذكر عندنا وعند الشافعي لا يتحقق الركن بدون حرف التعليق وهو أن يقول كاتبتك على كذا على أنك ان أديت الي فأنت حر بناء على أن معنى المعاوضة أصل في الكتابة ومعنى التعليق فيها ثابت عندنا والعتق عنده الاداء يثبت من حيث المعاوضة لا من حيث التعليق بالشرط وعنده معنى التعليق فيها أصل أيضا والعتق ثبت من حيث التعليق فلا بد من حرف التعليق وما قلناه أولى بدليل انه لو أبرأه عن بدل الكتابة يعتق ولو كان ثبوت العتق فيها من طريق التعليق بالشرط لما عتق لعدم الشرط وهو الاداء وكذا لو قال لعبده أنت حر على ألف تؤديها الي نجوما في كل شهر كذا فقبل أو قال اذا أديت لي ألف درهم كل شهر منها كذا فأنت حر فقبل أو قال جعلت عليك ألف درهم تؤديها الي نجوما كل نجم كذا فاذا أديت فأنت حر وان عجزت فأنت رقيق وقبل ونحو ذلك من الالفاظ لان العبرة في العقود الى المعاني لا للالفاظ وأما القبول فهو أن يقول العبد قبلت أو رضيت وما أشبه ذلك فاذا وجد الايجاب والقبول فقد تم الركن ثم الحاجة الى الركن فيمن يثبت حكم العقد فيه مقصودا لا تبعا كالولد المولود في الكتابة والولد المشترى والوالدين على ما نذكر لان الاتباع كما لا يفرد بالشروط لا يفرد بالاركان لما فيه من قلب الحقيقة وهو جعل التبع متبوعا وهذا لا يجوز

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يرجع الى المولى وبعضها يرجع الى المكاتب وبعضها يرجع الى بدل الكتابة وبعضها يرجع الى نفس الركن ثم بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها شرط الصحة أما الذي يرجع الى المولى فمنها العقل وانه شرط الانعقاد فلا تنعقد المكاتبة من الصبي الذي لا يعقل والمجنون ومنها البلوغ وهي شرط النفاذ حتى لا تنفذ الكتابة من الصبي العاقل وان كان حرا أو مأذونا في التجارة من قبل المولى أو الوصي لان المكاتبة ليست بتجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال والمكاتبة ليست كذلك وليست من توابع التجارة ولا من ضروراتها ولهذا لا يملكها العبد المأذون والشريك شركة العنان لما قلنا وله أن يكاتب عبده باذن أبيه أو وصيه

لان الاب والوصى يملكان العقد بأنفسهما فيملكان الاذن به للصبي اذا كان عاقلا ومنها الملك والولاية وهذا شرط هاذلان المكاتبة فيهامعنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما عند الانفراد لا يصح بدون الملك والولاية فكذا عند الاجتماع فلا تنفذ المكاتبة من الفضولى لانعدام الملك والولاية وتنفذ من الوكيل لانه نائب الموكل فكان تصرفه تصرف الموكل وكذا من الاب والوصى استحسانا والقياس أن لا تنفذ وجه القياس ان المكاتبة تصرف يفضى الى العتق وهما لا يملكان الاعتاق لا بغير بدل ولا ببدل كالاعتاق على مال وبيع نفس العبد منه وجه الاستحسان ان المكاتبة من باب اكتساب المال ولهما ولاية اكتساب المال كالبيع والاجارة بخلاف الاعتاق على مال وبيع نفس العبد منه لان ذلك ليس من باب الاكتساب بل هو من باب الاعتاق لان العبد يعتق بنفس القبول فيبقى المال دينا فى ذمة المفلس فان أقر الاب أو الوصى بقبض بدل الكتابة فان كانت الكتابة معروفة ظاهرة بمحضر الشهود يصدق ويعتق المكاتب لانه أمين فى قبض الكتابة فكان مصدقا كالوكيل بالبيع اذا باع ثم أقر بقبض الثمن وان لم تكن معروفة لم يجز اقراره ولا يعتق العبد لان الكتابة اذا لم تكن ظاهرة كان ذلك منه اقرارا بالعتق واقرار الاب أو الوصى بعتق عبد اليتيم لا يجوز واذا كانت الكتابة ظاهرة كان ذلك منه اقرارا باستيفاء الدين فيصح اقراره ولو كاتب الاب أو الوصى ثم أدرك الصبي فلم يرض بالكتابة فالمكاتبة ماضية الا أنه ليس للوصى ولا للاب أن يقبض بدل الكتابة لانه انما كان يملك القبض بولايته لا بمباشرة العقد لان حقوق العقد فى المكاتبة يرجع الى من عقد له لا الى العاقد وقد زالت ولايته بالبلوغ بخلاف الوصى اذا باع شيأ ثم أدرك اليتيم ان له أن يقبض لان حقوق البيع وكل عقد هو مبادلة المال بالمال يرجع الى العاقد هذا اذا كانت الورثة صغارا فان كانوا كبارا لا يجوز للوصى أن يكاتب ولا للاب لزوال ولايتهما بالبلوغ سواء كانوا حضورا أو غيبا لان الموجب لزوال الولاية لا يختلف وهذا بخلاف البيع لان الوارث الكبير اذا كان غائبا ان للاب والوصى أن يبيع المنقول لان بيع المنقول من باب الحفظ لان حفظ ثمنه أيسر من حفظ عينه ولهما ولاية الحفظ وليس فى الكتابة حفظ فلا يملكانها وان كانت الورثة صغارا وكبارا ذكر فى الاصل أنه لا يجوز ثم اختلف فى هذا الاطلاق قال بعضهم معناه انه لا يجوز فى نصيب الكبار وأما فى نصيب الصغار فجائز وقال بعضهم معناه انه لا يجوز فى نصيب الكبار والصغار جميعا لانه اذا لم يجز فى نصيب الكبار لم يكن فى جوازه فى نصيب الصغار فائدة لان لهم أن يفسخوا العقد وصار كعبد بين اثنين انه يمنع أحدهما عن كتابة نصيبه الا برضا شريكه لانه لو فعل بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يفسخ فلم يكن فيه فائدة كذا هذا ولو كان على الميت دين فكاتب الوصى عبده من تركته لم يجز كذا ذكر فى الاصل ولم يفصل بين ما اذا كان الدين محيطا بالتركة وبين ما اذا لم يكن محيطا بها منهم من أجرى المذكور فى الاصل على اطلاقه وقال لا تجوز مكاتبته سواء كان الدين محيطا بالتركة أو لم يكن أما اذا كان محيطا بالتركة فلان حق الغرماء يكون متعلقا بها والمكاتبة تتضمن ابطال حقهم لانها لو صحت لصارت حقوقهم منجمة مؤجلة وحقوقهم معجلة فلا يملك تأجيلها بالكتابة وان كان غير محيط بالتركة فكذلك لان ذلك القدر من الدين يتعلق بالتركة مطلقا وتبطل الكتابة لان ذلك القدر من الدين يتأجل تسليمه فيتضرر به الغريم الا أن يختار استيفاءه من غيرها فيجوز لان عدم الجواز لحق الغريم فاذا استوفى من محل آخر فقد زال حقه فزال المانع من الجواز وذكر القدورى ان المسئلة محمولة على ما اذا كان للميت غير العبد أو غير القدر الذى يقضى به الدين فاما اذا لم يكن الدين محيطا بالتركة يجوز له ذلك لانه اذا كان هناك مال آخر يقضى به الدين فحق الغرماء لا يتعلق بعين العبد لان التعليق بحاجتهم الى استيفاء دينهم وانه يحصل بدونه لانه لو تعلق قليل الدين بجملة التركة لادى الى الحرج لان التركة قلما تخلو عن قليل الدين ولا يجوز لاحد الوصيين أن يكاتب بغير اذن صاحبه فى قول أبى حنيفة ومحمد ويجوز فى قول أبى يوسف وأصل المسئلة انه هل لاحد الوصيين أن يتصرف فى مال اليتيم بغير اذن صاحبه فهو على الخلاف الذى ذكرنا وهى من مسائل كتاب الوصايا ولو وصى الوصى أن يكاتب

لانه قائم مقام الوصى وسواء كان المملوك محجورا أو مأذونا بالتجارة وعليه دين أولا دين عليه لأن الدين لا يوجب زوال الملك عنه فتنفذ المكاتبة الا أنه اذا كان عليه دين محيط أو غير محيط فللغرماء أن يردوا المكاتبة لان لهم حق الاستيفاء من رقبته وهو بالمكاتبة أراد ابطال حقهم فكان لهم أن ينقضوا كما لو باعه وعليه دين محيط أو غير محيط ان البيع ينفذ لكن للغرماء أن ينقضوا الا اذا كان قضى المولى دينهم من مال آخر قبل أن ينقضوا فليس لهم أن ينقضوا ومضت المكاتبة لانها وقعت جائزة لوقوعها فى الملك الا أنه كان للغرماء النقض لقيام حقهم فاذا قضى دينهم فقد زال حقهم فبقيت جائزة ولا يرجع المولى بما قضى من الدين على المكاتب لانه بقضاء الدين أصلح مكاتبته فكان عاملا لنفسه وكذا لو أبى المولى أن يؤدى الدين وأداه الغلام عاجلا مضت المكاتبة لما قلنا ولا يرجع العبد على المولى بما أدى لما قلنا فان كان المولى أخذ البدل ثم علم الغرماء بذلك فلهم أن يأخذوا من المولى ما أخذ من بدل الكتابة لانه كسب العبد المديون وأنه يؤخذ من المولى والعتق واقع امامن طريق المعاوضة لسلامة العوض للمولى واما من طريق التعليق بالشرط لوجود الشرط وهو أداء بدل الكتابة والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض فان بقى من دينهم شىء كان لهم أن يضمنوا المولى قيمته لانه أبطل حقهم فى قدر قيمة العبد حيث منعهم عن بيعه بوقوع العتق ولهم أن يبيعوا العبد ببقية دينهم لان الدين كان ثابتا فى ذمته متعلقا برقبته وقد بطلت الرقبة بالحرية فبقيت الذمة فكان لهم أن يبيعوه ولا يرجع المولى على العبد بما أخذ منه من بدل الكتابة لان المولى حين كاتبه كانت رقبته مشغولة بالدين فكانت مكاتبته اياه مع علمه ان الغرماء أحق منه بكسبه دلالة الرضا بما أخذ منه ولو كان العبد مرهونا أو مؤاجرا فكاتبه وقفت المكاتبة على اجازة المرتهن والمستأجر فان أجازا جاز وان فسخا هل تنفسخ بفسخهما فهو على ما نذكر فى البيوع والاجارات ان شاء الله تعالى وسواء كان المملوك قنا أو غيره حتى لو كانت مدبرة أو أم ولد جازت المكاتبة لقيام الملك اذ التدبير والاستيلاد لا يزيلان الملك وهما من باب استعجال الحرية فان أديا وعتقا فقد مضى الامر وان مات المولى قبل الاداء عتقا لانهما يعتقان بموت السيد هذا اذا كانا يخرجان من الثلث فان كانا لا يخرجان من الثلث فأم الولد تعتق من غير اعتبار الثلث ولا تسعى وأما المدبر فله الخيار فى قول أبى حنيفة ان شاء سعى فى جميع الكتابة وان شاء سعى فى ثلثى القيمة اذا كان لا مال له غيره فان اختار الكتابة سعى على النجوم وان اختار السعاية فى ثلثى قيمته يسعى حالا وعند أبى يوسف ومحمد لا خيار له لكن عند أبى يوسف يسعى فى الاقل من جميع الكتابة ومن ثلثى القيمة وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى الكتابة ومن ثلثى القيمة وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب الاستيلاد ومنها الرضا وهو من شرائط الصحة فلا تصح المكاتبة مع الاكراه والهزل والخطأ لانها من التصرفات التى تحتمل الفسخ فيفسدها الكره والهزل والخطأ كالبيع ونحوه وأما حرية المكاتب فليست من شرائط جواز المكاتبة فتصح مكاتبة المكاتب لما نذكر ان شاء الله تعالى وكذا اسلامه فتجوز مكاتبة الذمى عبده الكافر لقوله صلى الله عليه وسلم فاذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلمين أن يكاتبوا عبيدهم فكذا لاهل الذمة ولان المكاتبة مشتملة على معنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما يملكه الذمى حالة الانفراد وكذا عند الاجتماع والذمى اذا ابتاع عبدا مسلما فكاتبه فهو جائز وهذا فرع أصلنا فى شراء الكافر العبد المسلم انه جائز الا أنه يجبر على بيعه صيانة له عن الاستذلال باستخدام الكافر اياه والصيانة تحصل بالكتابة لزوال ولاية الاستخدام بزوال يده عنه بالمكاتبة وأما مكاتبة المرتد فموقوفة فى قول أبى حنيفة فان قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وان أسلم نفذت وعندهما هى نافذة وهى من مسائل السير والله عز وجل الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المكاتبة فأنواع أيضا منها أن لا يكون فيه خطر العدم وقت المكاتبة وهو شرط الانعقاد حتى لو كاتب ما فى بطن جاريته لم ينعقد لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر والمكاتبة فيها معنى البيع ومنها أن يكون عاقلا وهو من شرائط الانعقاد حتى لو كاتب عبدا له مجنونا أو صغيرا لا يعقل لا تنعقد مكاتبته

لان

لان القبول أحد شطرى الركن وأهلية القبول لا تثبت بدون العقل لان ماهو المقصود من هذا العقد وهو الكسب لا يحصل منه فان كاتبه فأدى البدل عنه رجل فقبله المولى لا يعتق لان العتق لا ينعقد بدون القبول ولم يوجد فكان أداء الاجنبي أداء من غير عقد فلا يعتق وله أن يسترد ما أدى لانه أداه بدلا عن العتق ولم يسلم العتق ولو قبل عنه الرجل الكتابة ورضي المولى لم يجز أيضا لان الرجل قبل الكتابة من غيره من غير رضاه ولا يجوز قبول الكتابة عن غيره بغير رضاه وهل يتوقف على اجازة العبد بعد البلوغ ذكر القدورى أنه لا يتوقف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوى أنه يتوقف والصحيح ماذكره القدورى لان تصرف الفضولى انما يتوقف على الاجازة اذا كان له مجيز وقت التصرف وههنا لا مجيز له وقت وجوده اذ الصغير ليس من أهل الاجازة فلا يتوقف بخلاف ما اذا كان العبد كبيرا غائبا فجاء رجل وقبل الكتابة عنه ورضي المولى ان الكتابة تتوقف على اجازة العبد لانه من أهل الاجازة وقت قبول الفضولى عنه فكان له مجيز وقت التصرف فتوقف فلو أدى القابل عن الصغير الى المولى ذكر في الاصل أنه يعتق استحسانا ولو جعله بمنزلة قوله اذا أديت الى كذا فعبدى حر وقال وهذا والكبير سواء والقياس أن لا يعتق لان المكاتبة على الصغير لم تنعقد لانه ليس من أهل القبول فيبقى الاداء بغير مكاتبة فلا يعتق وجه الاستحسان ان المكاتبة فيها معنى المعاوضة ومعنى التعليق والمولى ان كان لا يملك الزام العبد العوض يملك تعليق عتقه بالشرط فيصح من هذا الوجه ويتعلق العتق بوجود الشرط وكذا اذا كان العبد كبيرا غائبا فقبل الكتابة عنه فضولى وأداها الى المولى يعتق استحسانا وليس للقابل استرداد المؤدى والقياس أن لا يعتق وله أن يسترد لما قلنا هذا اذا أدى الكل فان أدى البعض فله ان يسترد قياسا واستحسانا لانه انما أدى ليسلم العتق والعتق لا يسلم بأداء بعض بدل الكتابة فكان له أن يسترد الا اذا بلغ العبد فأجاز قبل أن يسترد القابل فليس له أن يسترد بعد ذلك لان بالاجازة استند جواب العقد الى وقت وجوده والاداء حصل عن عقد جائز فلا يكون له الاسترداد فلو ان العبد عجز عن أداء الباقى ورد فى الرق فليس له أن يسترد أيضا وان رد العبد فى الرق لان المكاتبة لا تنفسخ بالرد فى الرق بل تنتهى فى المستقبل فكان حكم العقد قائما فى القدر المؤدى فلا يكون له الاسترداد بخلاف باب البيع بأن من باع شيأ ثم تبرع انسان بأداء الثمن ثم فسخ البيع بالرد بالعيب أو بوجه من الوجوه ان للمتبرع أن يسترد ما دفع لان الدفع كان بحكم العقد وقد انفسخ ذلك العقد وكذلك لو تبرع رجل بأداء المهر عن الزوج ثم ورد الطلاق قبل الدخول انه يسترد منها النصف لان الطلاق قبل الدخول فسخ من وجه ولو كانت الفرقة من قبلها قبل الدخول بها فله أن يسترد منها كل المهر ولا يكون المهر للزوج بل يكون للمتبرع لا نفساخ النكاح هذا كله اذا أدى القابل فلو امتنع القابل عن الاداء لا يطالب بالاداء الا اذا ضمن فحينئذ يؤخذ به بحكم الضمان فاما بلوغه فليس بشرط حتى لو كاتبه وهو يعقل البيع والشراء جازت المكاتبة ويكون كالكبير فى جميع أحكامه عندنا خلافا للشافعى لان المكاتبة اذن فى التجارة واذن الصبى العاقل بالتجارة صحيح عندنا خلافا له وهى من مسائل المأذون

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى بدل الكتابة فمنها أن يكون مالا وهو شرط الانعقاد فلا تنعقد المكاتبة على الميتة والدم لانهما ليسا بمال فى حق أحد لا فى حق المسلم ولا فى حق الذمى ألا ترى ان المشترى بهما لا يملك وان قبض ولا تنعقد عليهما المكاتبة حتى لا يعتق وان أدى لان التصرف الباطل لا حكم له فكان ملحقا بالعدم الا اذا كان قال على أنك ان أديت الى فأنت حر فأدى فانه يعتق بالشرط واذا عتق بالشرط لا يرجع المولى عليه بقيمته لان هذا ليس بمكاتبة انما هو اعتاق معلق بالشرط بمنزلة قوله ان دخلت الدار فأنت حر ومنها أن يكون متقوما وانه من شرائط الصحة فلا تصح مكاتبة المسلم عبده المسلم أو الذمى على الخمر أو الخنزير ولا مكاتبة الذمى عبده المسلم على الخمر والخنزير لان الخمر وان كان مالا فى حق المسلمين فهى غير متقومة فى حقهم فانعقدت المكاتبة على الفساد فان أدى يعتق وعليه قيمة نفسه لان هذا حكم المكاتبة الفاسدة على ماذكر فى بيان حكم المكاتبة أما الذمى فتجوز مكاتبته عبده الكافر على

خمر أو خنزير لان ذلك مال متقوم عندهم كالخل والشاة عندنا فان كاتب ذمى عبداله كافرا على خمر فأسلم أحدهما فالمكاتبة ماضية وعلى العبد قيمة الخمر لان المكاتبة وقعت صحيحة لكون الخمر مالا متقوما فى حقهم الا أنه اذا أسلم أحدهما فقد تعذر التسليم أو التسلم لان المسلم منهى عن ذلك فتجب قيمتها ولا ينفسخ العقد بخلاف ما اذا اشترى الذمى من ذمى شيأ بخمر ثم أسلم أحدهما قبل قبض الثمن الخمر ان البيع يبطل وههنا لا تبطل المكاتبة لان عقد المكاتبة مبناه على المساهلة والمسامحة نظرا للعبيد ايصالا لهم الى شرف الحرية فلا ينفسخ بتعذر تسليم المسمى أو تسلمه بل يصار الى بدله فاما البيع فعقد مماكسة ومضايقة لا تجرى فيه من السهولة ما يجرى فى المكاتبة فينفسخ عند تعذر تسليم عين المسمى ويرتفع واذا ارتفع لا يتصور تسليم القيمة مع ارتفاع سبب الوجوب ومنها ان يكون معلوم النوع والقدر وسواء كان معلوم الصفة أولا وهو من شرائط الانعقاد فان كان مجهول القدر أو مجهول النوع لم ينعقد وان كان معلوم النوع والقدر مجهول الصفة جازت المكاتبة والاصل ان الجهالة متى فحشت منعت جواز المكاتبة والا فلا وجهالة النوع والقدر جهالة فاحشة وجهالة الصفة غير فاحشة فانه روى عن عمر رضى الله عنه انه أجاز المكاتبة على الوصفاء بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا على الجواز والاجماع على الجواز اجماع على سقوط اعتبار هذا النوع من الجهالة فى باب الكتابة وبيان هذا الاصل فى مسائل اذا كاتب عبده على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار لم تنعقد حتى لا يعتق وان أدى لان الثوب والدار والحيوان مجهول النوع لاختلاف أنواع كل جنس وأشخاصه اختلافا متفاحشا وكذا الدور تجرى مجرى الاجناس المختلفة لتفاحش التفاوت بين دار ودار فى الهيئة والتقطيع وفى القيمة باختلاف المواضع من البلدان والمحال والسكك ولهذا منعت هذه الجهالة صحة التسمية والاعتاق على مال والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فصارت هذه الاشياء لكثرة التفاوت فى أنواعها وأشخاصها بمنزلة الاجناس المختلفة فيصير كانه كاتبه على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار فادى طعاما ولو كان كذلك لا يعتق وان أدى أعلى الثياب والدواب والدور بخلاف ما اذا كاتبه على قيمة فادى القيمة انه يعتق لان التفاوت بين القيمتين لا يلحقهما بجنسين فكانت جهالة القيمة مفسدة للعقد لا مبطلة له وان كاتبه على ثوب هروى أو عبد أو جارية أو فرس جازت المكاتبة لان الجهالة ههنا جهالة الوصف انه جيد او ردىء أو وسط وانها لا تمنع صحة التسمية كما فى النكاح والخلع والاصل ان الحيوان يثبت دينا فى الذمة فى مبادلة المال بغير المال كما فى النكاح ونحوه فتصح التسمية ويقع على الوسط كما فى باب الزكاة والدية والنكاح وكذا لو كاتبه على وصيف يجوز ويقع على الوسط ولو جاء العبد بقيمة الوسط فى هذه المواضع يجبر المولى على القبول كما فى النكاح والخلع ونحوهما ولو كاتبه على لؤلؤة أو ياقوتة لم ينعقد لان الجهالة متفاحشة ولو كاتبه على كر حنطة أو ما أشبه ذلك من المكيل والموزون ولم يصف يجوز وعليه الوسط من جنسه لانه ثبت دينا فى الذمة فى مبادلة المال بالمال اذا كان موصوفا ويثبت فى مبادلة ما ليس بمال بمال وان لم يكن موصوفا كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والاعتاق على مال والمكاتبة معاوضة ما ليس بمال بمال فى جانب المولى فتجوز المكاتبة عليه ويجب الوسط ولو كاتبه على حكمه أو على حكم نفسه لم تنعقد لان الجهالة ههنا أفحش من جهالة النوع والقدر لان البدل هناك مسمى ولا تسمية للبدل ههنا رأسا فكانت الجهالة أكثر والى هذا أشار فى الاصل فقال أرأيت لو حكم المولى عليه بملء الارض ذهبا كان يلزمه أو حكم العبد على نفسه بفلس هل كان يعتق فلم ينعقد العقد أصلا فلا يعتق بالحكم وان كاتب على ألف درهم الى العطاء أو الى الدياس أو الى الحصاد أو نحو ذلك مما يعرف من الاجل جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الاجل مجهول وجهالة الاجل تبطل البيع فتبطل المكاتبة وجه الاستحسان ان الجهالة لم تدخل فى صلب العقد لانها لا ترجع الى البدل وانما دخلت فى أمر زائد ثم هى غير متفاحشة فلا توجب فساد المكاتبة كجهالة الوصف بخلاف البيع الى هذه الاوقات انه يفسد لان الجهالة لا توجب فساد العقد لذاتها بل لافضائها الى المنازعة والمنازعة قل ما تجرى فى هذا القدر فى المكاتبة لان مبناها على المسامحة

بخلاف البيع فان مبناه على المماكسة فيفضي الى المنازعة ولهذا اجازت الكفالة الى هذه الاوقات ولم يجز تأجيل الثمن اليها في البيع بخلاف المكاتبة الى مجيء المطر وهبوب الريح لانه ليس لذلك وقت معلوم فتحشت الجهالة فان كاتبه الى العطاء فاخر العطاء فان الاجل يحل في مثل الوقت الذي كان يخرج فيه العطاء لان المراد به العرف والعادة وقت العطاء لا عين العطاء وكذا في الحصاد والدياس ولو كاتبه على قيمته فالمكاتبة فاسدة لان القيمة تختلف بتقويم المقومين فكان البدل مجهول القدر وانه مجهول جهالة فاحشة ولهذا منعت صحة التسمية في باب النكاح حتى عدل الى مهر المثل فتمنع صحة المكاتبة بل أولى لان النكاح يجوز بدون تسمية البدل ولا جواز للمكاتبة من غير تسمية البدل فلما لم تصح تسمية القيمة هناك فلان لا تصح ههنا أولى ولان جهالة القيمة موجب للعقد الفاسد فكان ذكرها نصا على الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على عبد لان جهالة العبد جهالة الوصف أي جيد او ردیء أو وسط فعند الاطلاق يقع على الوسط والوسط معلوم عندهم ألا ترى ان أبا حنيفة جعل قيمة الوسط أربعين دينارا فاما المكاتبة على القيمة فليست بمكاتبة على بدل معلوم عند الناس عند اطلاق الاسم فصار كما لو كاتبه على ألف أو على ألفين غير انه اذا أدى القيمة عتق لان العقد الفاسد له حكم في الجملة عندنا كالبيع الفاسد اذا اتصل به القبض والنكاح الفاسد اذا اتصل به الدخول حتى يثبت الملك في البيع وتجب العدة والعقر و يثبت النسب في النكاح وكذا المكاتبة الفاسدة ولو قال كاتبتك على دراهم فالمكاتبة باطلة ولو أدى ثلاثة دراهم لا يعتق لان البدل مجهول جهالة متفاحشة وليس للدراهم وسط معلوم حتى يقع عليه الاسم بخلاف ما اذا قال أعتقتك على دراهم فقبل العبد عتق وتلزمه قيمة نفسه لان العتق هناك وقع بالقبول والجهالة متفاحشة فلزمه قيمة نفسه ولو كاتبه على أن يخدمه شهرا فهو جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز وجه القياس ان الخدمة مجهولة لانها مختلفة ولا يدري في أي شيء يستخدمه وانه يستخدمه في الحضر أو في السفر وجهالة البدل تمنع صحة الكتابة وجه الاستحسان ان الخدمة المطلقة تنصرف الى الخدمة المعهودة فتصير معلومة بالعادة و بحال المولى انه في أي شيء يستخدمه و بحال العبد انه لاي شيء يصلح فصار كما لو عينها نصا ولهذا جازت الاجارة على هذا الوجه فالمكاتبة أولى لانها أقبل للجهالة من الاجارة ولو كاتبه على ان يخدم رجلا شهرا فهو جائز في القياس كذا ذكره في الاصل ولم يرد به قياس الاصل لان ذلك يقتضي ان لا يجوز لما ذكرنا وانما أراد به القياس على الاستحسان الذي ذكرنا ويجوز القياس على موضع الاستحسان اذا كان الحكم في الاستحسان معقول المعنى كقياس الجماع ناسيا على قياس الاكل والشرب ناسيا ولان المنافع أموال في العقود وانها تصير معلومة بذكر المدة فلا فرق بين ان يستأجر رجلا ليخدمه أو ليخدم غيره وكذلك لو كاتبه على ان يحفر بئرا قد سمى له طولها وعمقها ومكانها أو على ان يبني له دارا وأراه آجرها وجصها وما يبني بها لانه كاتبه على بدل معلوم ألا ترى ان الاجارة عليه جائزة فالكتابة أولى ولو كاتبه على أن يخدمه ولم يذكر الوقت فالكتابة فاسدة لان البدل مجهول ومنها ان لا يكون البدل ملك المولى وهو شرط الانعقاد حتى لو كاتبه على عين من أعيان مال المولى لم يجز لانه يكون مكاتبة بغير بدل في الحقيقة فلا يجوز كما اذا باع داره من انسان بعبد هو لصاحب الدار انه لا يجوز البيع لانه يكون بيعا بغير ثمن في الحقيقة كذا هذا وكذا لو كاتبه على ما في يد العبد من الكسب وقت المكاتبة لان ذلك مال المولى فيكون مكاتبة على مال المولى فلم يجز وأما كون البدل دينا فهل هو شرط جواز الكتابة بان كاتبه على شيء بعينه من عبد أو ثوب أو دار أو غير ذلك مما يتعين بالتعيين وهو ليس من أعيان مال المولى ولا كسب العبد ولكنه ملك أجنبي وهو معين مشار اليه ذكر في كتاب المكاتب اذا كاتب عبده على عبد بعينه لرجل لم يجز ولم يذكر الخلاف وذكر في كتاب الشرب اذا كاتبه على أرض لرجل جاز ولم يذكر الخلاف وذكر ابن سماعة الخلاف فقال لا يجوز عند أبي حنيفة و يجوز عند أبي يوسف وعند محمد ان أجاز صاحبه جاز والا لم يجز واطلاق رواية كتاب المكاتب يقتضي ان لا يجوز أجاز أو لم يجز واطلاق رواية كتاب الشرب يقتضي الجواز أجاز أو لم يجز ولانه لما جاز عند عدم الاجازة فعند الاجازة أولى و يجوز أن يكون قول محمد

تفسير الروايتين المبهمتين فتحمل رواية كتاب المكاتب على حال عدم الاجازة ورواية كتاب الشرب على حال الاجازة وجه رواية كتاب المكاتب انه كاتبه على مال لا يملك لانه كاتبه على عبد هو ملك الغير فلا يجوز وبه علل فى الاصل فقال لانه كاتبه على ما لا يملك لانه كاتبه على ملك الغير وشرح هذا التعليل ان المكاتبة عقد وضع لا كساب المال والعبد لا يقدر على اكساب هذا العين لا محالة لان مالك العبد قد يبيعه وقد لا يبيعه فلا يحصل ما وضع له العقد ولا نا لو قضينا بصحة هذه المكاتبة لفسدت من حيث تصح لانه اذا كاتبه على عبد هو ملك الغير ولم يجز المالك فقد تعذر عليه التسليم فكان موجبها وجوب قيمة العبد فيصير كانه كاتبه على قيمة عبد فيفسد من حيث يصح وما كان فى تصحيحه افساده فيقضى بفساده من الاصل أو يقال اذا تعذر عليه التسليم فاما ان تجب على قيمة العبد أو قيمة نفسه وكل ذلك فاسد وجه رواية كتاب الشرب وهو المروى عن أبى يوسف أيضا ان المكاتبة فى معنى الاعتاق على مال ثم لو أعتق عبده على عبد بعينه لرجل فقبل العبد جاز وجه ما روى عن محمد من التوقف على الاجازة ان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة كالبيع وكذلك كل ما عينه من مال غيره من عرض أو مكيل أو موزون لان هذه الاشياء كلها تتعين فى العقود بالتعيين فكانت كالعبد ولو قال كاتبتك على ألف فلان هذه جازت المكاتبة لان الدراهم لا تتعين بالتعيين فى عقود المعاوضات فيقع العقد على مثلها فى الذمة لا على عينها فيجوز وان أدى غيرها عتق لان المكاتبة وقعت على ما فى الذمة وسواء كان البدل قليلا أو كثيرا الان دلائل جواز المكاتبة لا يفصل بين القليل والكثير وسواء كان مؤجلا أو غير مؤجل عندنا وعند الشافعى لا يجوز الا مؤجلا وهو على قلب الاختلاف فى السلم انه لا يجوز الا مؤجلا عندنا وعنده يجوز مؤجلا وغير مؤجل فالحاصل انه لا خلاف فى جواز المكاتبة على بدل مؤجل واختلف فى الجواز على بدل غير مؤجل قال أصحابنا يجوز وقال الشافعى لا يجوز الا مؤجلا منجما بنجمين فصاعدا وجه قوله ان العبد عاجز عن تسليم البدل عند العقد لانه معسر لا مال له والعجز عن التسليم عند العقد يمنع انعقاده بدليل انه لو طرأ على العقد يرفعه فاذا قارنه يمنعه من الانعقاد من طريق الاولى لان المنع أسهل من الرفع وكذا مأخذ الاسم يدل على ما قلنا فان الكتابة مأخوذة من الكتاب والكتاب يذكر بمعنى الاجل قال الله عز وجل وما أهلكنا من قرية الا ولها كتاب معلوم أى أجل لا يتقدم ولا يتأخر فسمى هذا عقد كتابة لكون البدل فيه مؤجلا ويذكر بمعنى الكتاب المعروف وهو المكتوب سمى العقد بذلك لان البدل يكتب فى الديوان والحاجة الى الكتابة للمؤجل لا للحال فكان الاجل فيه شرطا كالمسلم لما كان مأخوذا من التسليم كان تسليم رأس المال فيه شرطا لجواز السلم وكذا الصرف لما كان ينبئ عن نقل البدل من يد الى يد كان القبض فيه من الجانبين شرطا كذا هذا ولنا قوله عز وجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا من غير فصل بين الحال والمؤجل ولان بدل الكتابة دين يجوز الاستبدال به قبل القبض فلا يشترط فيه التأجيل كسائر الديون بخلاف بدل الصرف والسلم وأما قوله ان العبد عاجز عن تسليم البدل عند العقد فمسلم لكن الاداء يكون بعد العقد ويحتمل حدوث القدرة بعده بانه يكتب مالا بقبول هبة أو صدقة فيؤدى بدل الكتابة وأما مأخذ الاسم فالكتابة تحتمل معان يقال كتب أى أوجب قال الله تعالى كتب على نفسه الرحمة وكتب أى ثبت قال الله تعالى كتب فى قلوبهم الايمان وكتب أى حكم وقضى قال الله تعالى كتب الله لاغلبن أنا ورسلى وشيء من هذه المعانى لا ينبئ عن التأجيل ثم اذا كانت المكاتبة حالة فان أدى البدل حين طالبه المولى بها والا يرد فى الرق سواء شرط ذلك فى العقد أو لم يشرط بان قال له ان لم تؤدها الى حالة فانت رقيق أو لم يقل لانه كاتبه على بدل موصوف بصفة الحلول فلم يكن راضيا بدون تلك الصفة وكذلك اذا كانت منجمة بنجوم معلومة فعجز عن أول نجم منها يرد الى الرق فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يرد حتى يتوالى عليه نجمان احتج أبو يوسف بما روى عن على رضى الله عنه انه قال المكاتب اذا توالى عليه نجمان رد فى الرق فقد شرط حلول

نجمين للرد فى الرق ولان العجز لا يتحقق الا عند حلول نجمين لجواز ان يقرضه انسان أو يحصل له مال من موضع آخر فيؤدى فاذا اجتمع عليه مال نجمين فقد تحقق عجزه ولهما ما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما انه كاتب عبد اله فعجز عن نجم واحد فرده الى الرق والظاهر ان ذلك كان على علم من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ولان المولى شرط عليه فى كل نجم قدرا من المال وانه شرط معتبر مفيد من شرائط الكتابة فكان له أن يرده الى الرق عند فواته كما لو عجز عن نجمين وأما احتجاجه بقول على رضى الله عنه فغير سديد لانه احتجاج بالمسكوت لان فيه انه اذا توالى عليه نجمان يرد الى الرق وليس فيه انه اذا كسر نجما واحدا ما ذا حكمه أو يحمل على الندب و به نقول ان المكاتب اذا كسر نجما يندب مولاه الى أن لا يرده الى الرق ما لم يتوالى عليه نجمان رفقا به ونظرا فان عجز عن نجمين على أصله أو عن نجم على أصلهما فان كان له مال حاضر أو غائب مرجو حضوره بان قال لى مال على انسان أو حال يجىء فى القافلة فان القاضى ينتظر فيه يومين أو ثلاثة استحسانا لان هذا القدر من التأخير مالا ضرر فيه على المولى وفيه رجاء وصول كل واحد منهما الى حقه فيفعل القاضى ذلك عند رجاء الوصول ولو اختلف المولى والمكاتب فى قدر البدل أو جنسه بان قال المولى كاتبتك على ألفين أو على الدنانير وقال العبد كاتبتنى على ألف أو على الدراهم فالقول قول المكاتب فى قول أبى حنيفة الآخر سواء كان قد أدى عن بدل الكتابة شيأ أو كان لم يؤد وكان يقول أولا يتحالفان و يترادان كالبيع لان فى المكاتبة معنى المبادلة ثم رجع وقال القول قول المكاتب لانه المستحق عليه ومتى وقع الاختلاف فى قدر المستحق أو جنسه فالقول قول المستحق عليه فى الشرع كما فى سائر الديون ولان القياس يمنع التحالف لما نذكر فى كتاب البيوع ان شاء الله تعالى الا أن الشرع ورد بخلاف القياس فى البيع وانه مبادلة المال بالمال مطلقا والكتابة بخلافه فلم تكن فى معنى البيع فلا يقاس عليه والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى نفس الركن من شرائط الصحة فخلوه عن شرط فاسد وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد الداخل فى صلب العقد من البدل فان لم يخالف مقتضى العقد جاز الشرط والعقد وان خالف مقتضى العقد لكنه لم يدخل فى صلبه يبطل الشرط و يبقى العقد صحيحا وانما كان كذلك لان عقد الكتابة فى جانب المعقود عليه وهو العبد بمنزلة الاعتاق لما فيه من فك الحجر واسقاطه والاعتاق مما لا يبطله الشروط الفاسدة وفيما يرجع الى البدل وجانب المولى بمنزلة البيع لان المولى عقد عقدا يؤ ول الى ز وال ملكه عنه فكان كالبيع والبيع مما يفسده الشر وط الفاسدة لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيجعل من الشروط الداخلة فى صلب العقد كالبيع فيعمل فيه الشرط الفاسد وفيما لا يدخل فى صلب العقد من الشر وط يجعل كالاعتاق فلا يؤثر فيه الشرط الفاسد عملا بالمعنيين جميعا بقدر الامكان وعلى هذا مسائل اذا كاتب جارية على ألف درهم على أن يطأها ما دامت مكاتبة أو على أن يطأها مرة فالكتابة فاسدة لانه شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى العقد لان عقد المكاتبة يوجب حرمة الوطء وانه دخل فى صلب العقد لدخوله فى البدل حيث جعل بدل الكتابة بالف درهم ووطئها فسدت المكاتبة ولو كاتبه على ألف درهم على أن لا تخرج من المصر أو على أن لا يسافر فالشرط فاسد لانه يخالف مقتضى العقد لان العقد يقتضى انفكاك الحجر وانفتاح طريق الاطلاق له الى أى بلد ومكان شاء فيفسد الشرط لكن لا يفسد عقد الكتابة لانه شرط لا يرجع الى صلب العقد ومثله من الشروط لا يوجب فساد العقد لما بينا من الفقه فلو انها أدت الالف فى المسئلة الاولى عتقت فى قول عامة العلماء وقال بشر بن غياث المريسى لا تعتق وجه قوله ان المولى جعل شرط العتق شيئين الالف ووطأها والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما كما اذا كاتبها على ألف ورطل من خمر فأدت الالف دون الخمر ولنا ان الوطء لا يصلح عوضا فى المكاتبة فلا يتعلق العتق به فالتحق ذكره بالعدم بخلاف الخمر فانه يصلح عوضا فى الجملة لكونه مالا مقدور التسليم فلم يلحق بالعدم وتعلق العتق بادائها ثم اذا أدت فعتقت ينظر الى قيمتها فان كانت قيمتها ألف درهم فلا شىء للمولى عليها

ولا لها على المولى لانها مضمونة بالقيمة لكونها مقبوضة بحكم عقد فاسد والمقبوض بحكم عقد فاسد مضمون لانه يجب عليه رده وهو عاجز عن رد عينه فيرد القيمة لقيامها مقام العين كذا ههنا وجب عليها رد نفسها وقد عجزت لنفوذ العتق فيها فترد القيمة وهى ألف درهم وقد وصل بتمامه الى المولى فلا يكون لاحدهما بعد ذلك على صاحبه سبيل كما لو باع رجل من آخر عبده بالف درهم ورطل من خمر وقبض البائع الالف وسلم العبد الى المشترى وهلك فى يده لا يرجع أحدهما على صاحبه لوصول ما يستحقه البائع على المشترى اليه فكذا ههنا وان كانت قيمة الجارية أكثر من ألف رجع المولى عليها بما زاد على الالف لانها مضمونة بكمال قيمتها وما أدت اليه كمال قيمتها فيرجع عليها وصار هذا كما اذا باع عبده من ذمى بألف ورطل من خمر وقبض الالف وسلم العبد وهلك فى يد المشترى وقيمته أكثر من ألف انه يرجع بما زاد لما قلنا كذا هذا وان كانت قيمة المكاتبة أقل من الالف وأدت الالف وعتقت هل ترجع على المولى بما أخذ من الزيادة على قيمتها قال أصحابنا الثلاثة ليس لها ان ترجع وقال زفر لها ان ترجع بالزيادة على المولى وجه قوله ان المولى أخذ منها زيادة على ما يستحقه عليها فكانت الزيادة مأخوذة بغير حق فيجب ردها كما فى البيع الفاسد اذا استهلك المشترى المبيع انه ان كانت قيمته أكثر من الثمن يرجع البائع على المشترى بالزيادة وان كانت قيمته أقل يرجع المشترى على البائع بفضل الثمن كذا ههنا ولنا انها لو رجعت عليه لادى الى ابطال العتق لانها عتقت باداء الكتابة فلو لم يسلم المؤدى للمولى لا يسلم العتق للمكاتبة والعتق سالم لها فيسلم المؤدى للمولى لان عقد المكاتبة مشتمل على المعاوضة وعلى التعليق واعتبار جانب المعاوضة يوجب لها حق الرجوع عليه بما زاد على القيمة واعتبار معنى التعليق لا يوجب لها حق الرجوع كما لو قال لها ان أديت الى ألفا فأنت حرة فادت ألفا وخمسمائة وقيمتها ألف عتقت ولا ترجع عليه بشئ فيقع الشك فى ثبوت حق الرجوع فلا يثبت مع الشك وكذا لو كاتبها وهى حامل على ألف ان ما فى بطنها من ولد فهو له وليس فى المكاتبة أو كاتب أمة على ألف درهم على ان كل ولد تلده فهو للسيد فالمكاتبة فاسدة لانه شرط شرطا مخالفا لموجب العقد لان موجبه ان يكون كل ولد تلده يكون مكاتبا تبعا لها فكان هذا شرطا فاسدا وانه داخل فى صلب العقد لانه يرجع الى البدل فيوجب فساد العقد وان أدت الالف عتقت لما قلنا ثم اذا عتقت ينظر الى قيمتها والى المؤدى على ما ذكرنا وكذا لو كاتب عبده على ألف درهم وعلى ان يخدمه ولم يبين مقدار الخدمة فادى الالف عتق لما قلنا ثم ينظر الى قيمته والى الالف على ما وصفنا ولو كاتبه على ألف منجمة على انه ان عجز عن نجم منها فكاتبته ألفا درهم لم تجز هذه المكاتبة لتمكن العذر فى البدل لانه لا يدرى انه يعجز أو لا يعجز ويمكن الجهالة فيه جهالة فاحشة فيفسد العقد ولنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة وهذا كذلك ولو كاتبه على ألف يؤديها الى غريم له فهو جائز وكذا اذا كاتبه على ألف يضمنها الرجل عن سيده فالمكاتبة والضمان جائزان بخلاف البيع اذا باع عبدا بألف درهم يؤديها الى فلان أو على ان يضمنها المشترى عن البائع لفلان ان البيع فاسد لان البيع يفسد بالشرط الفاسد وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد والكتابة لا تفسد بالشروط الفاسدة اذا لم تكن فى صلب العقد كما لو كاتبه على ألف على ان لا يخرج من المصر أو لا يسافر الا ان هناك شرط الضمان باطل وههنا جائز لان ضمان المكاتب عن سيده وكفالته عنه بما عليه مقيدا جائز لان ذلك واجب عليه فلا يكون متبرعا فى الضمان وضمان المكاتب عن الاجنبى انما لا يصح لكونه متبرعا ولم يوجد فان كاتبه على ألف درهم منجمة على أن يؤدى اليه مع كل نجم ثوبا وسمى نوعه جاز لان مكاتبته على بدل معلوم حيث سمى نوع الثوب فصار الالف مع الثوب بدلا كاملا وكل واحد منهما معلوم ألا ترى ان كل واحد منهما لو انفرد فى العقد جاز وكذا اذا جمع بينهما وقد قال أصحابنا انه لو ذكر مثل ذلك فى البيع جاز بان يقول بعتك هذا العبد بالف درهم على ان تعطينى معه مائة دينار وتصير الالف والمائة دينار ثمنا لما قلنا كذا ههنا وكذلك ان قال على ان تعطينى مع كل نجم عشرة دراهم وكذلك لو قال على ان تؤدى مع مكاتبتك ألف درهم لان الكل صار بدلا فى العقد ولو كاتبه على ألف درهم وهى قيمته على انه اذا أدى وعتق عليه فعليه ألف أخرى جاز وكان الامر على ما قاله اذا

ادى

أدى الالف عتق وعليه ألف أخرى بعد العتق لانه لو جعل الالفين جميعا بدل الكتابة لجاز ولو جعلهما جميعا بعد العتق لجاز كذا اذا جعل البعض قبل العتق والبعض بعده اعتبارا للجزء بالكل وان كاتبه على ألف درهم على نفسه وماله يعني على ان يكون المكاتب أحق بنفسه وماله فهو جائز وان كان للعبد ألف أو أكثر ولا يدخل بينه وبين عبده ربا كذا ذكر في الاصل وفرق بينه وبين البيع اذا باع عبده مع ماله بألف درهم ومال العبد ألف درهم انه لا يجوز البيع لان الالف يقابل الالف فيبقى العبد زيادة في عقد المعاوضة لا يقابلها عوض فيكون ربا ولا يتحقق الربا ههنا لان الربا لا يجري بين العبد وسيده هذا معنى ما أشار اليه في الاصل ثم مال العبد ما يحصل بعد العقد بتجارته أو بقبول الهبة والصدقة لان ذلك ينسب الى العبد ولا يدخل فيه ما كان من مال المولى في يد العبد وقت العقد لان ذلك لا ينسب الى العبد ولا يدخل فيه الارش والعقر وان حصلا بعد العقد يكون للمولى لانه لا ينسب الى العبد بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين انه لا يجوز ويكون ربا لان مراد محمد في قوله انه لا يجري الربا بين العبد وسيده فيما ليس بمعاوضة مطلقة والكتابة وان كان فيها معنى المعاوضة فليست بمعاوضة مطلقة وجريان الربا يختص بالمعاوضات المطلقة بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لان ذلك معاوضة مطلقة لان المولى كالاجنبي عن كسب المكاتب فيه الفرق ولو اختلفا فقال المولى كان هذا قبل عقد المكاتبة وقال المكاتب كان ذلك بعد العقد فالقول قول المكاتب لان الشيء في يده فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولو قال العبد كاتبني على ألف درهم على ان أعطيها من مال فلان فكاتبه على ذلك جازت الكتابة لان هذا شرط فاسد والشرط الفاسد لا يبطل الكتابة اذا لم تكن داخلة في صلب العقد فلو كاتبه على ألف درهم على انه بالخيار أو على ان العبد بالخيار يوما أو يومين أو ثلاثة أيام جاز لان دلائل جواز الكتابة لا توجب الفصل ولان الحاجة قد تدعو الى شرط الخيار في المكاتبة كما تدعو اليه في البيع وهو الحاجة الى التأمل ولان الكتابة عقد قابل للفسخ ولا يعتبر فيه القبض في المجلس فجاز ان يثبت فيه خيار الشرط كالبيع فان قيل ثبوت الخيار في البيع استحسان عندكم فلا يجوز قياس غيره عليه فالجواب ما ذكرنا ان عندنا يجوز القياس على موضع الاستحسان بشرطه وهو ان يكون الحكم في موضع الاستحسان معقول المعنى ويكون مثل ذلك المعنى موجودا في موضع القياس وقد وجد ههنا على ما ذكرنا ولا يجوز شرط الخيار فيه أكثر من ثلاثة أيام في قول أبي حنيفة فان أبطل خياره في الايام الثلاثة جاز كالبيع وان لم يبطل حتى مضت ثلاثة أيام تمكن الفساد كما في البيع وعندهما يجوز قلت المدة أو كثرت بعد ان كانت معلومة من شهر أو نحو ذلك كما في البيع

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يملك المكاتب من التصرفات وما لا يملكه فله ان يبيع ويشتري لانه صار مأذونا في التجارة والبيع والشراء من باب التجارة وله ان يبيع بقليل الثمن وكثيره وبأي جنس كان وبالنقد وبالنسيئة في قول أبي حنيفة وعندهما لا يملك البيع الا بما يتغابن الناس في مثله وبالدراهم والدنانير وبالنقد لا بالنسيئة كالوكيل بالبيع المطلق وهي من مسائل كتاب الوكالة وله ان يبيع ويشتري من مولاه لان المكاتب فيما يرجع الى مكاسبه ومنافعه كالحر فكان فيها بمنزلة الاجنبي فيجوز بيعه من مولاه وشراؤه منه كما يجوز ذلك من الاجنبي الا انه لا يجوز له أن يبيع ما اشترى من مولاه مرابحة الا أن يبين وكذلك المولى فيما اشترى منه لان بيع المرابحة بيع أمانة فيجب صيانته عن الخيانة وشبهة الخيانة ما أمكن وكسب المكاتب مال المولى من وجه فيجب أن يبين حتى يرتفع الشبهة ولا يجوز له أن يبيع من مولاه درهما بدرهمين لانه بعقد المكاتبة صار أحق بمكاسبه فصار كالاجنبي في المعاوضة المطلقة وكذا لا يجوز ذلك للمولى لما بينا وله أن يأذن لعبده في التجارة لان الاذن في التجارة وسيلة الى الاكتساب والمكاتب مأذون في الاكتساب فان لحقه دين بيع فيه الا ان يؤدي عنه المكاتب لان اذنه قد صح فصحت استدانته فيباع فيه كما في عبد الحر وله أن يحط شيأ بعد البيع لعيب ادعى عليه أو يزيد في ثمن شيء قد اشتراه لانه بالكتابة صار مأذونا بالتجارة وهذا من عمل التجارة وليس له أن يحط بعد

البيع بغير عيب ولو فعل لم يجز لانه من باب التبرع وهو لا يملك التبرع وله أن يرد ما اشترى بالعيب اذا لم يرض به سواء اشترى من أجنبي أو من مولاه لانه أولى بكسبه من مولاه فصار كالعبد المأذون اذا كان عليه دين وله الشفعة فيما اشتراه المكاتب لان املاكهما متميزة ولهذا اجاز بيع احدهما من صاحبه فصارا كالاجنبيين وله ان يأذن لعبده في التجارة لانه من باب الاكتساب ولا تجوز هبة المكاتب شيأ من ماله ولا اعتاقه سواء عجز بعد ذلك او عتق وترك وفاء لان هذا كله تبرع وكسب المكاتب لا يحتمل التبرع وحكى عن ابن ابي ليلى انه قال عتقه وهبته موقوفان فان عتق يوما مضى ذلك عليه وان رجع مملوكا بطل ذلك وجه قوله ان حال المكاتب موقوف بين ان يعتق و بين ان يعجز فكذا حال عتقه وهبته والجواب ان العقد عند نا انما يتوقف اذا كان له مجيز حال وقوعه وههنا لا مجيز لعتقه حال وقوعه فلا يتوقف فاذا وهب هبة او تصدق ثم عتق ردت اليه الهبة والصدقة حيث كانت لان هذا عقد لا مجيز له حال وقوعه فلا يتوقف وسواء كان الاعتاق بغير بدل او ببدل أما بغير بدل فلما قلنا وأما ببدل فلان الاعتاق ببدل ليس من باب الاكتساب لان العتق فيه يثبت بنفس القبول و يبقى البدل في ذمة المفلس ولا يملك التعليق كما لا يملك التنجيز كما لو قال له ان دخلت الدار فانت حر لا يصح وكذا اذا قال ان اديت الى ألفا فانت حر لا يصح لان ذلك تعليق وليس بمكاتبة لما ذكرنا في كتاب العتاق وللمكاتب ان يكاتب عبدا من اكسابه استحسانا والقياس ان لا يجوز لانه عقد يفضى الى العتق فلا يجوز كما لو اعتقه على مال وجه الاستحسان ان المكاتبة نوع اكتساب المال والمكاتب يملك اكتساب المال ولهذا ملك البيع وكذا المكاتبة بخلاف الاعتاق على مال فان ذلك ليس باكتساب المال. الا ترى ان المكتسب بعد الاعتاق لا يكون له بل يكون للعبد وانما المكاتب له دين يتعلق بذمة المفلس فكان ذلك اعتاقا بغير بدل من حيث المعنى وفي المكاتبة المكسب يكون للمكاتب فلم يكن اعتاقا بغير بدل فافترقا وكذا لو اشترى المكاتب ذا رحم محرم منه لا يعتق لان شراء القريب اعتاق وهو لا يملك الاعتاق ولو اشترى ذا رحم محرم من مولاه لا يعتق على مولاه لان هذا كسب المكاتب والمولى لو أعتق عبدا من اكسابه صريحا لا يعتق فبالشراء أولى فان أدى الاعلى أولا عتق وثبت ولاؤه من المولى لان العتق حصل منه فاذا أدى الاسفل بعد ذلك يثبت ولاؤه من الاعلى لانه بالعتق صار من أهل ثبوت الولاء منه وان أدى الاسفل أولا يعتق و يثبت ولاؤه من المولى ولا يثبت من الاعلى لانه ليس من أهل ثبوت الولاء فان عتق بعد ذلك لا يرجع اليه الولاء لان ولاء العتاقة متى ثبت لا يحتمل الانتقال بحال وان أديا جميعا معا ثبت ولاؤهما معا من المولى وليس للمكاتب أن يكاتب ولده ولا والده والاصل ان كل من لا يجوز له أن يبيعه لا يجوز له أن يكاتبه الا أم ولده لان هؤلاء يعتقون بعتقه فلا يجوز أن يسبق عتقهم عتقه ولانهم قد دخلوا في كتابة المكاتب فلا يجوز أن يكاتبوا ثانيا بخلاف أم الولد ولا يملك التصديق الا بشيء يسير حتى لا يجوز له أن يعطى فقيرا درهما ولا أن يكسوه ثوبا وكذا لا يجوز أن يهدى الا بشيء قليل من المأكول وله أن يدعو الى الطعام لان ذلك عمل التجار وقد روى ان سلمان رضي الله عنه أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان مكاتبا فقبل ذلك منه وكذا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك ولان ذلك وسيلة الى اداء مال الكتابة لانه يجذب قلوب الناس فيحملهم ذلك على الاهداء اليه فيمكن من أداء بدل الكتابة و يملك الاجارة والاعارة والايداع لان الاجارة من التجارة ولهذا املكها المأذون بالتجارة والاعارة والايداع من عمل التجار وضرورات التجارة ولا يجوز له أن يقرض لان القرض تبرع بابتدائه وقيل معنى قوله لا يجوز أي لا يطيب للمستقرض أكله لان لا يملكه المستقرض حتى لو تصرف فيه نفذ تصرفه لانه تصرف في ملكه و يكون المستقرض مضمونا عليه وهذا كما قلنا في حق الاعتاق انه لا يجوز ومعناه انه لا يطيب له أكله لكنه يكون مضمونا عليه حتى لو كان عبدا فاعتقه نفذ اعتاقه لانه أعتق ملك نفسه كذا اقرض المكاتب ولا تجوز وصيته لانها تبرع ولا تجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالنفس باذن المولى ولا بغير اذنه لانها تبرع أما الكفالة بالنفس فلانها التزام تسليم النفس من غير عوض والكفالة بالمال التزام تسليم المال من

غير عوض ان كانت بغير اذن المكفول عنه وان كانت باذنه فهي وان كانت مبادلة في الانتهاء فهي تبرع في الابتداء والمكاتب ليس من أهل التبرع وسواء أذن المولى فيها أو لم يأذن لان المولى لا يملك كسبه فلا يصح اذنه بالتبرع ويجوز له أن يتوكل بالشراء وان كان ذلك يوجب ضمانا عليه للبائع وهو الثمن لان عند بعض مشايخنا الملك المبيع يثبت له أولا ثم ينتقل منه الى الموكل فصار كالبيع منه وعند بعضهم ان كان لا يثبت له لكن الوكالة من ضرورات التجارة فان أدى فعتق لزمته الكفالة لان الكفالة وقعت صحيحة في حقه لانه أهل الا انه لا يطالب به في الحال لانه لم يصح في حق المولى فاذا عتق فقد زال حق المولى فيطالب به كالعبد المحجور اذا كفل ثم عتق بخلاف الصبي اذا كفل ثم بلغ لان الصبي ليس من أهل الكفالة لانه ليس له قول صحيح في نفسه بخلاف العبد تصرف في ملكه وتجوز كفالته عن سيده لان بدل الكتابة واجب عليه فلم يكن متبرعا بها او الاداء اليه والى غيره سواء وهل يجوز له قبول الحوالة فهذا على وجهين ان كان عليه دين لانسان وعلى صاحب الدين دين لآخر فاحاله على المكاتب فهو جائز لانه ضمن مالا كان واجبا عليه فلم يكن متبرعا ولا فرق بين أن يؤدي الى هذا او الى غيره وان كان لانسان على آخر دين فاحاله على المكاتب وقبل الحوالة وليس عليه دين للذي أحال عليه لا يجوز لانه تبرع وله أن يشارك حرا شركة عنان وليس له أن يشاركه شركة مفاوضة لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهو ليس من أهل الكفالة وشركة العنان غير مبنية على الكفالة بل على الوكالة والمكاتب من أهل الوكالة ولو كاتب الرجل عبدين له مكاتبة واحدة على ألف درهم على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فهذه المسئلة على ثلاثة أوجه اما ان كاتبهما على مال وجعل كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه واما ان كاتبهما على مال ولم يجعل كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه ولكنه قال ان أديا عتقا وان عجزا ردا في الرق واما ان كاتبهما على مال ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه ولم يقل أيضا ان أديا عتقا وان عجزا ردا في الرق أما اذا كاتبهما على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فالقياس أن لا تجوز هذه الكتابة وفي الاستحسان تجوز اذا قبلا وجه القياس ان هذه كتابة بشرط الكفالة وكفالة المكاتب عن غير المولى لا تصح ولانه كفالة ببدل الكتابة والكفالة ببدل الكتابة باطلة وجه الاستحسان ان هذا ليس بكفالة في الحقيقة بل هو تعليق العتق بالاداء والمولى يملك تعليق عتقهما باداء كل واحد منهما ولو فعل هكذا كان جائزا كذلك هذا وأما اذا كاتبهما على ألف درهم على انهما ان أديا عتقا وان عجزا ردا في الرق فكذلك الجواب في قول علمائنا الثلاثة وعند زفر كل واحد منهما مكاتب على حدة فايهما أدى حصته يعتق وجه قوله ان كل واحد منهما يلزمه كتابة نفسه خاصة فلا يجب عليه كتابة غيره ما لم يشترطا ولم يوجد الشرط ولنا ان المولى علق عتقهما باداء الالف فما لم يوجد لا يقع العتق كما اذا قال لعبدين له ان دخلتما هذه الدار فانتما حران فدخل أحدهما لا يعتق ما لم يدخلا جميعا فكذلك ههنا لا يعتق واحد منهما الا باداء الالف واذا لم يعتق واحد منهما الا باداء الالف صار جميع الالف على كل واحد منهما فصار كما اذا كفل كل واحد منهما عن صاحبه ونظير هذا الاختلاف ما قالوا في كتاب الطلاق والعتاق ان من قال لامرأتين له ان شئتما فانتما طالقان أو قال لعبدين له ان شئتما فانتما حران انه على قول زفر أيهما شاء يعتق وانصرف مشيئة كل واحد منهما الى عتق نفسه وطلاق نفسها وفي قول علمائنا الثلاثة ما لم توجد مشيئتهما جميعا في طلاقهما جميعا أو في عتقهما جميعا لا يعتق واحد منهما كذلك ههنا وأما الفصل الثالث وهو ما اذا كاتبهما على ألف درهم ولم يقل ان أديا عتقا وان عجزا ردا في الرق فايهما أدى حصته فانه يعتق في قولهم جميعا لانه لم يعلق عتقهما باداثهما جميعا فانصرف نصيب كل واحد منهما اليه خاصة وصار كل واحد منهما مكاتبا على حدة ثم اذا كاتبهما كتابة واحدة فادى أحدهما شيأ منه كان له أن يرجع على صاحبه بنصفه بخلاف ما اذا كان الدين على رجلين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فادى أحدهما شيأ انه لا يرجع على صاحبه ما لم يجاوز النصف فاذا جاوز النصف يرجع على صاحبه بالزيادة ووجه الفرق ان في مسئلتنا هذه لو جعلنا أداء عن نفسه أدى ذلك الى تغيير شرط المولى لانه يعتق ومن شرط

المولى عتقهما جميعا فاذا كان الامر هكذا فكان أداؤه عن نفسه وعن صاحبه حتى لا يؤدى الى تغير شرط المولى وهذا المعنى لم يوجد فى تلك المسئلة فان أداءه عن نفسه لا يؤدى الى تغيير شرط المولى فكان أداؤه عن نفسه الى النصف لان نصف الدين عليه فان مات أحد المكاتبين لا يسقط شئ من الكتابة ويؤخذ من الحى جميع الكتابة وبمثله لو أعتق أحدهما سقطت حصته ووجه الفرق بينهما ان الميت من أهل أن تكون عليه الكتابة ألا ترى ان المكاتب اذا مات عن وفاء يؤدى كتابته وكذا لو ترك ولدا تؤخذ منه الكتابة فاما المعتق فليس من أهل أن تجب عليه الكتابة ألا ترى ان المكاتب لو كان واحدا فاعتقه المولى بطلت عنه الكتابة وكذلك ههنا تبطل حصته والمولى بالخيار ان شاء أخذ بحصته المكاتب وان شاء أخذ المعتق بحق الكفالة فان أخذ المكاتب لا يرجع عليه لانه أدى دين نفسه وان أخذ المعتق وأدى رجع على المكاتب لانه كفيله ولا يجوز للمكاتب أن يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين انه لا ينفرد أحدهما بالنكاح ولا يزوج ابنه وابنته لان جواز الانكاح يعتمد الولاية ولا ولاية له اذ هو عبد ولا يزوج عبده لما قلنا ويزوج أمته ومكاتبته لان تزويجهما من باب الاكتساب وعقد الكتابة عقد اكتساب المال بخلاف تزويج العبد لانه يتعلق المهر برقبته فلم يكن اكتسابا ويجوز اقراره بالدين واستيفاؤه لان ذلك من ضرورات التجارة والمكاتبة اذن بالتجارة فكان هو اذنا بما هو من ضرورات التجارة ولا تجوز وصية المكاتب فى ماله وان ترك وفاء أما اذا لم يترك وفاء فلا شك فيه لانه مات عبدا فلا تجوز وصيته وأما اذا ترك وفاء فلانا وان حكمنا بعتقه فانما حكمنا به قبيل الموت بلا فصل وتلك الساعة لطيفة لا تتسع للفظ الوصية ولو أوصى ثم أدى الكتابة فى حال حياته وعتق فان وصيته على ثلاثة أوجه فى وجه لا تجوز بالاجماع وفى وجه تجوز بالاجماع وفى وجه اختلفوا فيه فاما الوجه الذى تجوز بالاجماع فهو ان يقول اذا اعتقت فثلث مالى وصية فادى فعتق ثم مات صحت وصيته بالاجماع لانه أضاف الوصية الى حال الحرية والحر من أهل الوصية وأما الوجه الذى لا تجوز بالاجماع وهو ان يوصى بعين ماله لرجل فأدى فعتق ثم مات لا يجوز لانه ما أضاف الوصية الى حال الحرية وانما أوصى بعين ماله فيتعلق بملكه فى ذلك الوقت وهو ملك المكاتب وملك المكاتب لا يحتمل التبرع فلا يجوز الا اذا أجاز تلك الوصية بعد العتق فتجوز لان الوصية مما يجوز بالاجازة بدليل ان رجلا لو قال لورثته أجزت لكم أن تعطوا ثلث مالى فلانا كان ذلك منه وصية وأما الوجه الذى اختلفوا فيه فهو ما اذا أوصى بثلث ماله ثم أدى وعتق ثم مات قال أبو حنيفة لا تجوز الوصية الا أن يجددها بعد العتق لانها تعلقت بملك المكاتب وملكه لا يحتمل المعروف وقال أبو يوسف ومحمد تجوز وهذا نظير ما ذكرنا فى كتاب العتاق انه اذا قال العبد أو المكاتب كل مملوك أملكه اذا أعتقت فهو حر فاعتق ثم ملك مملوكا يعتق بالاجماع ولو لم يقل اذا أعتقت لا يعتق بالاجماع ولو قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر فعتق وملك مملوكا لا يعتق فى قول أبى حنيفة وعندهما يعتق والحجج على نحو ما ذكرنا فى العتاق ويجوز للمكاتب قبول الصدقات لقوله تعالى فى آية الصدقات وفى الرقاب قيل فى التفسير ما أداها المكاتبون ويحل للمولى أن يأخذ ذلك من قضاء من المكاتبة ويحل له تناوله بعد العجز وان كان المولى غنيا لان العين تختلف باختلاف أسباب الملك حكما وان كانت عينا واحدة حقيقة والاصل فيه ما روى ان بريرة رضى الله عنها كانت يتصدق عليها وكانت تهدى ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يأكل منه ويقول هو لها صدقة ولنا هدية وكذلك الفقير اذا مات وترك مالا جمعه من الصدقات ووارثه غنى يحل له أكله لما قلنا ولو أوصى المكاتب الى رجل أى جعله وصيا ثم مات فان مات من غير وفاء بطل ايصاؤه لانه مات عبدا والعبد ليس من أهل الايصاء وان مات بعد ما أدى بدل الكتابة جاز الايصاء وتكون وصيته كوصية الحر لان الولاية انما تنتقل اليه عند الموت وعند الموت كان حرا فتنتقل الولاية اليه فصار كوصى الحر

وان

وان مات عن وفاء ولم يؤد فى حال حياته فان وصيه يكون وصيا على أولاده الذين دخلوا فى كتابته دون الاولاد الاحرار الذين ولدوا من امرأة حرة و يكون أضعف الاوصياء كوصى الام فيكون له ولاية الحفظ ولا يكون له ولاية البيع والشراء على رواية الزيادات وعلى رواية كتاب القسمة جعل كوصى الاب حيث أجاز قسمته فى العقارات والقسمة تمنع البيع والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يملك المولى من التصرف فى المكاتب وما لا يملكه فيشتمل عليه حكم المكاتبة نذكره فى فصل الحكم ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما صفة المكاتبة فنوعان أحدهما انها عقد لازم من جانب المولى اذا كان صحيحا حتى لا يملك فسخه من غير رضا المكاتب اذا لم يحل نجم أو نجمان على الخلاف غير لازم فى جانب المكاتب حتى ينفرد بفسخه من غير رضا المولى لانه عقد شرع نظر اللعبيد وتمام نظرهم ان لا يلزم فى حقهم ويجوز رد المكاتب الى الرق وفسخ الكتابة دون قضاء القاضى عند عامة العلماء وقال ابن أبى ليلى لا يجوز رده الا عند القاضى لان العقد قد صح فلا ينفسخ الا بقضاء القاضى ولنا ما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما انه أجاز ذلك ولم ينقل عن غيره خلافه واليه أشار فى الاصل فقال بلغنا ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما ولان المكاتب قد ثبت له الخيار فى عقد الكتابة لان له ان يعجز نفسه ومن له الخيار فى العقد اذا فسخ العقد يصح فسخه دون القاضى كالبيع بشرط الخيار وغيره فاما الفاسد منه فغير لازم من الجانبين حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير رضا الآخر لان العقد الفاسد واجب النقض والفسخ حق للشرع رفعا للفساد كالبيع الفاسد وغيره والثانى انها متجزئة فى قول أبى حنيفة وعندهما غير متجزئة لانها عقد يفضى الى العتق والعتق متجزئ عنده وعندهما لا يتجزأ كذا المكاتبة وعلى هذا يخرج ما اذا كاتب رجل نصف عبده انه جازت الكتابة فى النصف وصار نصفه مكاتبا عند أبى حنيفة لان الكتابة متجزئة عنده فصحت فى ذلك النصف لا غير وصار فى النصف الآخر مأذونا بالتجارة لان الكتابة تقتضى وجوب أداء بدل الكتابة ولا يمكنه الاداء الا بالاذن والاذن لا يتجزأ فصار الاذن فى قدر الكتابة اذنا فى الكل فصار مأذونا فى الكل ونصفه مكاتب فان أدى عتق نصفه وصار النصف الآخر مستسعى فان شاء أعتق وان شاء استسعى غير مشقوق عليه بمنزلة رجل اعتق نصف عبده فان اكتسب العبد مالا قبل الاداء فنصفه له ونصفه للمولى فى قول ابى حنيفة لان نصفه مكاتب ونصفه رقيق فى قولهما والكسب كله للمكاتب لانه كله صار مكاتبا وما اكتسب بعد الاداء فكله للمكاتب بالاجماع وليس للمولى فيه شئ اما على قولهما فلا يشكل لانه حر عليه دين وأما على أصل ابى حنيفة فلأن المستسعى كالمكاتب وكسب المكاتب له واذا كاتب نصف عبده ثم أراد أن يحول بينه و بين الكسب لم يكن له ذلك لانه لما كاتب نصفه فقد اذن له بالاكتساب لانه لا يتوصل الى اداء بدل الكتابة الا بالكسب فلا يملك الحجر عليه الا بعد فسخ الكتابة ولا يفسخ الا برضاه بخلاف العبد المأذون كله انه يملك حجره ومنعه من الاكتساب لانه انما صار مأذونا بالقول فيصير محجورا عليه بحجره والاذن ههنا لا يثبت بالقبول بل بمقتضى الكتابة فلا يصير محجورا عليه الا بفسخ الكتابة فان اراد ان يخرج من المصر فله منعه بالقياس ولكن استحسن ان لا يمنعه وكذلك اذا أراد ان يستخدمه يوما أو يستسعيه يوما ويخلى عنه يوما للكسب له ذلك فى القياس ولكن استحسن ان لا يتعرض له فى شئ حتى يؤدى أو يعجز كذا ذكر فى الاصل وجه القياس ان نصفه رقيق لم تزل يده عنه فله أن يمنعه من الخروج من المصر لاجل النصف فيقول له ان كان نصفك مكاتبا فالنصف الآخر غير مكاتب فلى المنع فكان له أن يمسكه و يستخدمه يوما كالعبد المشترك وجه الاستحسان انه بعقد الكتابة صار مأذونا بالاكتساب وذلك بالخروج الى الامصار فلا يجوز له منعه وان يحول بينه و بين الاكتساب بالاستخدام ولا يمكنه أن يخرج بالنصف دون النصف أو يستخدم النصف دون النصف فاما ان يجعل النصف الذى هو مكاتب تبعا

للنصف الذى ليس بمكاتب أو يجعل النصف الذى هو غير مكاتب تبعا للنصف الذى هو مكاتب وهذا الثانى أولى لان الحرية والرق اذا اجتمعا غلبت الحرية الرق وفى الكتابة شعبة من العتق لانها تعقد للعتق فى المستقبل وهى سبب من اسبابه واذا كاتب نصف عبده ثم أراد ان يبيع الباقى فان باعه من غير العبد لا يجوز لان حق الحرية تعلق بالرقبة فلا يجوز بيعه من غيره كما لو اعتق نصفه أو دبر نصفه ثم باعه انه لا يجوز كذا هذا ولان المكاتب له أن يكتسب و يخرج من المصر بغير اذن المولى فصار كانه باعه بشرط ان لا يسلم الى المشترى ولو فعل هكذا كان البيع فاسدا كذلك هذا ولو باع نصف نفسه من العبد لا يجوز لان بيع العبد من نفسه بيع فى الحقيقة بل هو اعتاق بمال بدليل ان الولاء يثبت منه بدليل انه لو باع نفس المدبر من المدبر يجوز ولو كان بيعا لما جاز واذا أعتق نصفه فالعبد بالخيار ان شاء ادى الكتابة وعتق وان شاء عجز و يسعى فى نصف قيمته لانه يوجه اليها وجها عتق فى ذلك النصف عتق باداء الكتابة وعتق بالسعاية فله ان يميل الى أى الوجهين شاء عبد بين رجلين كاتبه أحدهما فالامر لا يخلو اما أن كاتب نصفه أو كله وكل ذلك لا يخلو اما أن يكون باذن شريكه أو بغير اذنه واذا أذن فلا يخلو اما ان أذن له بقبض بدل الكتابة أو لم يأذن فان كاتب نصفه بغير اذن شريكه صار نصيبه مكاتباً لكن لشريكه ان ينقض الكتابة لانه يتضرر به فى الحال وفى ثانى الحال لانه لا يجوز بيعه فى الحال لان نصفه مكاتب وفى الثانى يصير مستسعى فكان له حق الفسخ والكتابة تحتمل الفسخ ولا يصح فسخه الا بقضاء القاضى لان الشريك الذى كاتب تصرف فى ملك نفسه فلا يفسخ تصرفه الا بقضاء القاضى أو برضا العبد فان لم يعلم به الشريك حتى ادى عتق نصفه لان الكتابة نفذت فى نصيبه فاذا وجد شرط العتق عتق ثم الذى لم يكاتب له ان يرجع على الشريك فيقبض منه نصف ما أخذ لان ما أخذه كان كسب عبد بينهما فكان له ان يشاركه فى المأخوذ ثم الذى كاتب له أن يرجع على العبد بما قبض شريكه منه لانه كاتبه على بدل ولم يسلم له الا نصفه فكان له أن يرجع عليه الى تمام البدل وما يكون من الكسب فى يد العبد له نصفه بالكتابة و نصفه لشريكه الذى لم يكاتب هذا فى الكسب الذى اكتسبه قبل الاداء وأما ما اكتسبه بعد الاداء فهو له خاصة لانه بعد الاداء يصير مستسعى والمستسعى أحق بمنافعه ومكاسبه من السيد فان اختلف العبد والمولى فقال العبد هذا كسب اكتسبته بعد الاداء وقال المولى بل اكتسبته قبل الاداء فالقول قول العبد لان الكسب شىء حادث فيحال حدوثه الى أقرب الاوقات وصار الحكم بعد كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما فان كان موسرا فالشريك ثلاث اختيارات وان كان معسرا فخياران هذا اذا كان بغير اذن الشريك فاذا كان باذنه فان كان لم يأذن له بقبض الكتابة فهذا والاول سواء الا فى فصلين احدهما انه لا يكون له حق الفسخ ههنا لوجود الرضا والثانى انه ليس له ان يضمنه نصف قيمة العبد بعد ما عتق لانه رضى بالعتاق حيث أذن له فى الكتابة وان كان أذن له بقبض بدل الكتابة فهذا والاول سواء الا فى ثلاثة فصول اثنان قد ذكرناهما والثالث أن ما قبض ليس له أن يشاركه هذا اذا كاتب النصف فاما اذا كاتب الكل فهذا والاول سواء الا فى فصل واحد وهو انه اذا أخذ الشريك منه نصف ما قبض من الكتابة لا يرجع بذلك على المكاتب هذا اذا كان بغير اذن الشريك فاما اذا كان باذنه واجاز قبل أن يؤدى صار مكاتبا بينهما فلا يعتق جميعه الا باداء الالف اليهما جميعا فاذا ادى اليهما معاً عتق وان أدى الى أحدهما أولا لا يعتق لان المكاتبة وقعت بصيغة واحدة هذا اذا لم يأذن له بقبض الكتابة فان أذن له بقبض الكتابة فان أدى اليهما عتق كله وان أدى جميعه الى الذى كاتب عتق كله والالف بينهما وان أدى كله الى الشريك لا يعتق حتى يصل نصفه الى شريكه وهذا كله قول أبى حنيفة وأما على قولهما فان كتابة النصف وكتابة الجميع سواء لان الكتابة عندهما لا تتجزأ فان لم يجز صاحبه حتى أدى عتق كله و يأخذ الشريك منه نصف ما قبض ولا يرجع هو على العبد بما قبض منه شريكه ونصف الكسب الفاضل للمكاتب ونصفه للذى لم يكاتب والولاء كله للذى كاتبه و يضمن حصة شريكه ان كان موسرا و يسعى العبد ان كان معسرا وان اجاز شريكه صار مكاتبا بينهما فان أدى اليهما معا

عتق والولاء بينهما وجميع الكسب للمكاتب وان أدى الى أحدهما لا يعتق حتى يصل نصفه الى الآخر الا اذا أذن لشريكه بقبض الكتابة فان أدى كله الى المأمور عتق وان أدى كله الى الآمر لا يعتق حتى يصل نصفه الى المأمور ولو كان عبد بين رجلين كاتب كل واحد منهما نصيبه على الانفراد بان كاتب أحدهما نصيبه على ألف درهم ثم كاتب الآخر نصيبه على مائة دينار صار نصيب كل واحد منهما مكاتبا له فاذا أدى اليهما معا عتق وان أدى الى احدهما عتق نصيبه ولا يشاركه الآخر فيما قبض لانه لما كاتب صار راضيا بكتابته وللمكاتب ان يقضي غريما دون غريم ونصيب الآخر مكاتب على حاله فاذا أدى نصيب الآخر عتق والولاء بينهما وان لم يؤد نصيب الآخر ولكنه عجز صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما والجواب فيه معروف وكذلك لو كاتب كل واحد جميع العبد صار نصيب كل واحد منهما مكاتبا له بالبدل الذي سمى فما لم يوجد جميع المسمى لا يعتق والحكم فيه ماذكرنا ان لو كاتب كل واحد منهما نصيبه وهذا قول ابي حنيفة وأما على قولهما فكتابة البعض وكتابة الكل سواء فان أدى اليهما عتق والولاء بينهما وان ادى الى أحدهما أولا عتق كله من المؤدى اليه وثبت الولاء منه ويضمن ان كان موسرا او يسعى العبد ان كان معسرا الا أن على قول محمد يضمن أو يسعى العبد فى نصف القيمة أو فى كتابة الآخر فى الاقل منهما وقال ابو يوسف بطلت كتابة الآخر وانما يضمن العبد او يسعى فى نصف قيمته لا غير ولو كان عبد بين اثنين فكاتباه جميعا مكاتبة واحدة فأدى الى أحدهما حصته لم يعتق حصته منه مالم يؤد جميع الكتابة اليهما لانهما جعلا شرط عتقه اداء جميع المكاتبة فلا يعتق الا بوجود الشرط بخلاف ما اذا كان لكل واحد منهما عبد فكاتباهما جميعا مكاتبة واحدة ان كل واحد منهما يكون مكاتبا على حدة حتى لو أدى حصته يعتق لان ههنا لو جعل كل نصف مكاتبا على حدة لادى الى تغيير شرطهما لان شرطهما ان يعتق باداء الكل فلا يعتق احدهما الا باداء جميع الكتابة حتى لا يؤدى الى تغيير الشرط وهذا المعنى لم يوجد هناك لان عتق أحدهما لا يؤثر فى الآخر فكان الشرط فيه لغوا مكاتب بين رجلين اعتقه أحدهما قال أبو حنيفة لا ضمان عليه فى ذلك لشريكه موسرا كان أو معسرا لان نصيب الآخر مكاتب على حاله لكون العتق متجزئا عنده فان أدى عتق والولاء بينهما لوجود الاعتاق منهما وان عجز صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما والحكم فيه ماذكرنا فى كتاب العتاق وعلى قولهما عتق كله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما والولاء له الا ان على قول أبي يوسف صار حكمه حكم عبد بين اثنين اعتقه أحدهما وعلى قول محمد ان كان المعتق موسرا ينظر الى قدر نصيب شريكه والى باقى الكتابة فأيهما كان أقل ضمن ذلك وان كان معسرا سعى العبد فى الاقل فان لم يعتقه أحدهما ولكن دبره صار نصيبه مدبرا ويكون مكاتبا على حاله لان التدبير لا ينافى الكتابة فان أدى الكل عتق والولاء يثبت منهما وان عجز صار كعبد بين اثنين دبره أحدهما صار نصيبه مدبرا ولشريكه خمس خيارات ان كان موسرا وان كان معسرا فاربع خيارات وهذا قول أبي حنيفة وفى قولهما صار كله مدبرا لان التدبير لا يتجزأ فبطلت الكتابة ويضمن لشريكه نصف القيمة موسرا كان أو معسرا فى قول أبي يوسف وعلى قياس قول محمد وجب ان يضمن الاقل من نصف القيمة ومن جميع ما بقى من الكتابة ولو لم يدبره ولكن كاتب جارية فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسب الولد منه وصار نصيبه أم ولد له أما ثبوت النسب فلا خلاف فيه لان المولى اذا ادعى ولد مكاتبته ثبت النسب لان فيه تأويل الملك ثم المكاتبة بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها لانه قد ثبت لها حق الحرية من وجهين فلها ان تختار ايهما شاءت ولا تصير كلها أم ولد لان الاستيلاد عندنا يتجزأ فيما لا يمكن نقل الملك فيه فان مضت على الكتابة أخذت منه عقرها واستعانت به على أداء بدل الكتابة وان عجزت نفسها وردت الى الرق فانها تصير أم ولد للمستولد لان المعنى المانع من نقل الملك فيها قد زال ويضمن للشريك نصف قيمتها مكاتبة ونصف عقرها ولا يغرم من قيمة الولد شيأ وهذا قول أبي حنيفة وعلى قولهما صارت الجارية كلها أم ولد لان الاستيلاد لا يتجزأ وبطلت الكتابة

فيغرم للشريك نصف القيمة و نصف العقر موسراً كان أو معسراً وعلى قول محمد وجب ان يضمن الاقل من نصف العقر ومن كتابة شريكه عبد كافر بين مسلم وذمى كاتب الذمى نصيبه باذن شريكه على خمر جازت الكتابة فى قول أبى حنيفة ولا تجوز فى قول أبى يوسف ومحمد ولا شركة للمسلم فيما أخذ النصرانى منه من الخمر بناء على ان الكتابة متجزئة عند أبى حنيفة كالعتق فلما كاتب الذمى نصيبه على خمر باذن شريكه وقعت المكاتبة على نصيب نفسه خاصة والذمى اذا كاتب نصيبه على خمر جاز كما لو باع نصيبه بخمر وأما عندهما فالكتابة فاسدة لان من أصلهما ان العقد العقد لهما حيث كانت باذن شريكه فلما بطل نصيب المسلم بطل نصيب الذمى لانها كتابة واحدة فاذا بطل بعضها بطل كلها ولا شركة للمسلم فيما أخذ النصرانى من الخمر لان المسلم ممنوع من قبض الخمر وان كاتباه جميعا على خمر مكاتبة واحدة لم يجز فى نصيب واحد منهما أما فى نصيب المسلم فلا يشكل وأما فى نصيب الذمى فلان المكاتبة واحدة فاذا بطل بعضها بطل الكل ولو أدى اليهما عتق وعليه قيمته للمسلم وللذمى نصف الخمر وانما عتق بالاداء اليهما لان الكتابة فاسدة وهذا حكم الكتابة الفاسدة انه اذا أدى يعتق كما اذا كاتب المسلم عبده على خمر فادى الا انه لا يسعى فى نصف قيمته للمسلم ولا يسعى فى نصيب الذمى لان الذمى قد سلم له شرطه لان الخمر مال متقوم فى حق المسلم فيسعى فى نصف قيمته له والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المكاتبة ويندرج فيها بيان ما يملكه المولى من التصرف فى المكاتب ومالا يملكه فنقول وبالله التوفيق المكاتبة أنواع ثلاثة صحيحة وفاسدة وباطلة اما الصحيحة فلها احكام بعضها يتعلق بما قبل أداء بدل الكتابة و بعضها يتعلق بأداء بدل الكتابة اما الاول فزوال يد المولى عن المكاتب وصيرورة المكاتب احق بمنافعه ومكاسبه وصيرورة المولى كالاجنبى عنها وثبوت حق المطالبة للمولى ببدل الكتابة وثبوت حق الحرية للمكاتب لان ما هو المقصود من هذا العقد لا من الجانبين لا يحصل بدونها وهل تزول رقبة المكاتب عن ملك المولى بالكتابة اختلف المشايخ فيه قال عامتهم لا تزول وقال بعضهم تزول عن ملك المولى ولا يملكها العبد بمنزلة البيع بشرط الخيار للمشترى على أصل أبى حنيفة ان المبيع يزول عن ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى وهذا غير سديد لان الملك صفة اضافية فيستحيل وجوده بدون المضاف اليه كسائر الاوصاف الاضافية من الابوة والبنوة والاخوة والشركة ونحوها فلا يتصور وجود مملوك لا مالك له وهكذا نقول فى باب البيع لان البيع فى الحقيقة ملك البائع أو ملك المشترى الا انا لا نعلم ذلك فى الحال لانا لا نعلم ان العقد يجاز أو يفسخ فيتوقف فى علمنا بجهلنا بعاقبة الامر وعند الاجازة أو الفسخ يتبين انه كان ثابتا للمشترى أو للبائع من وقت البيع حتى يظهر فى حق الرواية هذا معنى قول أبى حنيفة فى تلك المسئلة وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا كاتب عبده كتابة صحيحة صار مأذونا فى التجارة لانه وجب عليه أداء بدل الكتابة ولا يتمكن من الاداء الا بالكسب والتجارة كسب وليس له ان يمنعه من الكسب ولا من السفر ولو شرط عليه ان لا يسافر كان الشرط باطلا والكتابة صحيحة لما مر وليس له ان يأخذ الكسب من يده لان كسبه له ولا يجوز له اجارته و رهنه لان الاجارة تمليك المنفعة ومنافع المكاتب له والرهن اثبات ملك اليد للمرتهن وملك اليد للمكاتب ولا يجوز استخدامه واستغلاله لان ذلك تصرف فى المنفعة والمنافع له و يجوز اعتاقه ابتداء بلا خلاف لان جوازه يعتمد ملك الرقبة وانه قائم سواء كان المولى صحيحا أو مريضا غير انه ان كان صحيحا يعتق مجانا وان كان مريضا والعبد يخرج من الثلث فكذلك وكذلك اذا كان لا يخرج من الثلث لكن اجازت الورثة وان لم تجز الورثة فله الخيار فى قول أبى حنيفة ان شاء سعى فى ثلثى القيمة حالا وان شاء سعى فى ثلثى الكتابة مؤجلا وعند أبى يوسف ومحمد لا خيار له و يسعى فى الاقل لان الكتابة سبقت الاعتاق والاعتاق فى المرض بمنزلة التدبير ولو دبره كان حكمه هذا على ما ذكرنا فى كتاب التدبير كذا اذا أعتقه فى المرض و يجوز له اعتاقه عن الكفارة عندنا خلافا للشافعى والمسئلة تذكر فى كتاب الكفارات ولو أعتق الولد المولود أو المشترى فى

الكتابة

الـكتابة جاز ولا يسقط شيء من بدل الـكتابة والقياس ان لا يجوز اعتاقه وهو قول زفر وجـه القياس ان في اعتاقه الولد ابطال حق المكاتب لانه يملك كسب ولده المولود والمشترى وبالاعتاق يبطل واليه أشار في الاصل فقال لان للمكاتب ان يستخدمهم ووجه الاستحسان ان المكاتب انما يسعى في حرية نفسه وأولاده وقد نال هـذا المقصود وانما لا يسقط من بدل الـكتابة شيء لان البدل كله على المكاتب فلا يسقط شيء منـه بعتق الولد ولو أعتق أم ولد المكاتبة لم يجز لان المكاتب لو عتق كانت هي أم ولد على حالها لانها لم تصر مكاتبة بكتابته فلا تعتق بعتق المكاتب ولا يجوز له بيع المكاتب بغير رضاه بلا خلاف لان فيه ابطال حق المكاتب من غير رضاه وهو حق الحرية فلا يجوز بيعه كالمدبر وأم الولد وان رضي به المكاتب جاز ويكون ذلك فسخا للـكتابة لان امتناع الجواز كان لحق المكاتب فاذا رضي فقد زال المانع وذكر ابن سماعة عن محمد ان المولى والمكاتب اذا اجتمعا في البيع قال البيع لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لانه لما باعه المولى برضاه فقد تراضيا على الفسخ فيكون اقالة والـكتابة تحتمل الاقالة وما روى عن عائشة رضي الله عنها انها اشترت بريرة وكانت مكاتبـة فمحمول على ان ذلك كان برضاها وعلى هـذا الهبة والصدقة والوصية ولو كاتب جارية لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها لان ذلك انتفاع بها والمولى كالاجنبي في منافعها ولو وطئها غرم العقر لها تستعين به على أداء بدل الـكتابة لانه بدل منفعة مملوكة لها ولو وطئها فعلقت منـه ثبت نسب الولد اذا ادعاه لان النسب يثبت بشبهة الملك وتأويل الملك فلان يثبت بحقيقته أولى صـدقته المكاتبـة أو كذبته لما مر ثم ان جاءت بولد لاكثر من ستة أشـهر فعليه العقر وان جاءت به لاقل من ستة أشهر فلا عقر عليـه والمكاتبـة بالخيار ان شاءت مضت على كتابتها فادت وعتقت وأخـذت العقر اذا كان العـلوق في حال الـكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد وسقط العقر لما ذكرنا في كتاب الاستيلاد ولو جنى المولى على المكاتب غرم الارش ليستعين به على الـكتابة ولو استهلك شيأ من كسبه فهو دين عليه لانه احق بكسبه من المولى فـكان في مكاسبه كالحر وكذا ما استهلك المكاتب من مال المولى لما قلنا ولو اشترى المكاتب امرأته لا ينفسخ النكاح وكذا اذا اشترت المكاتبة زوجها لان الثابت للمكاتب حق الملك لا حقيقة الملك وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنـع البقاء كالعدة انها تمنع من انشاء النكاح واذا طرأت على النكاح لا تبطله ولهذا قال اصحابنا ان المولى اذا زوج ابنتـه من مكاتبه لا يبطل النكاح بموت الاب لان البنت لا تملك المكاتب حقيقة الملك بل يثبت لهـا حق الملك فيمنع ذلك من الابتداء ولا يمنع من البقاء فـكذا هذا ولو سرق منه يجب القطع على السارق لان المكاتب أحق بمنافعه ومكاسـبه فكان له حق الخصومة فيه كالحر فيقطع بخصومته ولو جنى المكاتب على انسان خطأ فانه يسـعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان رقبته مملوكة للمولى الا أنه تعذر الدفع من غير اختيار بسبب الـكتابة فصار كالعبد القن اذا جنى جناية ثم اعتقه المولى من غير علمه بالجناية والحـكم هناك ماذكرنا فـكذا ههنا فينظر ان كان ارش الجنـاية أقل من قيمته فعليه ارش الجناية لان المجنى عليـه لا يستحق اكثر من ذلك فاذا دفع ذلك فقـد سقط حقه وان كانت قيمته أقل من أرش الجنـاية فعليه قيمته لان حكم الجناية تعلق بالرقبة لـكون الرقبة ملك المولى وهي لا تحتمل اكثر من قيمتها فلا يلزمه أكثر من ذلك وكذلك لو جنى جنايات خطأ قبل أن يحكم عليه بالجناية الاولى لا يجب عليـه الا قيمة واحدة وان كثرت جناياته في قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر يجب عليه في كل جناية الاقل من ارشها ومن قيمته وهـذا فرع اختلافهم في أن جناياته تتعلق بالرقبة او بذمته فعندنا تتعلق برقبته والرقبة لا تتسع لاكثر من قيمة واحدة وعنده تتعلق بذمته والذمة متسعة والصحيح قولنا لما ذكرنا ان رقبته مملوكة للمولى فانها مقدور الدفع في الجملة بان يعجز فيدفع الا انه تعذر الدفع بالمنع السابق وهو الـكتابة من غير اختيار فصار كما لو جنى جنايات ثم اعتـقه المولى من غير علمه بها وهناك لا يلزمه الا قيمة واحدة كذلك ههنا هذا اذا جنى ثانيا قبل ان يحكم عليه الحاكم بالاولى فاما اذا حكم الحاكم بالاولى ثم جنى ثانيا فانه يلزمه قيمة أخرى بالجناية الثانية لانها لما حكم الحاكم فقد انتقلت الجناية من رقبته الى ذمتـه

فحصلت الجناية الثانية والرقبة فارغة عن جنايته متعلقة بها فصار بمنزلة الجناية المبتدأة فرق بين هذا وبين ما اذا حفر المكاتب بئراً على قارعة الطريق فوقع فيها انسان ووجب عليه أن يسعى فى قيمته يوم حفر ثم وقع فيها آخر انه لا يلزمه اكثر من قيمة واحدة سواء حكم الحاكم بالاولى أو لم يحكم ووجه الفرق ان هناك الجناية واحدة وهى حفر البئر فالضمان الذى يلزمه انما يلزمه بسبب واحد فوقوع الثانى وان كان بعد حكم الحاكم لكن بسبب سابق على حكمه فصار كانه قتلهما دفعة واحدة فلا يلزمه الا قيمة واحدة فاما ههنا فقد تعددت الجناية والثانية حصلت بعد فراغ رقبته عن الاولى وانتقالها الى ذمته فيتعدد السبب فيتعدد الحكم ولو سقط حائط مائل اشهد عليه على انسان فقتله فعليه ان يسعى فى قيمته لان المكاتب يملك النقض فيصح الاشهاد عليه كما فى الحر ويجب عليه قيمة نفسه كما لو قتل آخر خطأ وكذلك اذا وجد فى دار المكاتب قتيل فعليه ان يسعى فى قيمته اذا كانت قيمته أكثر من الدية فينتقص منها عشرة دراهم فان جنى جنايات ثم عجز قبل ان يقضى بها دفعه مولاه بها أو فداه وان قضى عليه بالسعاية ثم عجز فهى دين فى رقبته يباع فيه لانه اذا لم يقض عليه لم تصر القيمة دينا فى رقبته فهو كعبد قن جنى جناية انه يخاطب مولاه بالدفع أو الفداء واذا قضى عليه بالقيمة صار ذلك دينا فى رقبته فاذا عجز صار حكمه حكم عبد لحقه الدين انه يباع أو يقضى السيد دينه هذا كانت جنايته عمدا بان قتل رجلا عمدا اقتل به لانه لو كان حر لقتل به فالمكاتب أولى هذا اذا جنى المكاتب على غيره فاما اذا اجنى غيره عليه فان كان خطأ فالارش له وأرشه أرش العبد اما كون الارش له فلان اجزاءه ملحقة بالمنافع وهو أحق بمنافعه وأما كون ارشه ارش العبد فلانه عبد ما بقى عليه درهم بالحديث فكانت الجناية عليه جناية على العبد فكان ارشها أرش العبيد وان كان عمدا فالمسئلة على ثلاثة أوجه فى وجه يجب القصاص فى قولهم وفى وجه لا يجب القصاص وفى وجه اختلفوا فيه أما الاول فهو أن يقتله رجل عمدا ولم يترك وفاء فالمولى أن يقتل القاتل لانه لم يترك وفاء فقد مات عاجزا فمات عبداً والعبد اذا قتل عمدا يجب القصاص على قاتله ان كان عبدا بالاجماع وان كان حرا عندنا كذلك ههنا وأما الوجه الثانى فهو أن يقتل عمدا ويترك وفاء ويترك ورثة أحرارا سوى المولى فلا يجب القصاص لاشتباه ولى القصاص لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى أنه يموت حرا أو عبدا على ما نذكر ان شاء الله تعالى فمن قال مات حرا قال ولاية الاستيفاء للورثة ومن قال مات عبدا قال الولاية للمولى فاشتبه المولى فلم يجب القصاص فان قيل قياس هذه النكتة أنه اذا اجتمع المولى والورثة ينبغى أن يجب القصاص لارتفاع الاشتباه عند الاجتماع كالعبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر اذا قتل ان لهما أن يجتمعا فيقتلا وكذا العبد المرهون اذا قتل فاجتمع الراهن والمرتهن على القصاص ان لهما أن يستوفياه كذلك ههنا فالجواب ان المانع هو اشتباه المولى وهذا الاشتباه لا يزول بالاجتماع لان الولاية لاحدهما وهو المولى أو الوارث وهذا النوع من الاشتباه لا يزول اجتماعهما بخلاف مسئلة الوصية لان هناك لا اشتباه فان الولاية لصاحب الرقبة لان الملك له وانما لصاحب الخدمة فيها حق فاذا اجتمعا فى الاستيفاء فقد رضى باسقاط حقه ويقول لصاحب الخدمة حق قوى لشبهة الملك فصار بمنزلة عبد بين اثنين قتل فاجتمع الوليان على الاستيفاء وبخلاف مسئلة الرهن فان المستحق للقصاص هناك هو الراهن اذ الملك له الا أن للمرتهن فيه حقا فاذا رضى بالاستيفاء فقد رضى بسقوط حقه وههنا بخلافه على ما بيناه وأما الوجه الثالث فهو أن يقتل عمدا ويترك وفاء ولا وارث له سوى المولى فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف يجب القصاص للمولى لانه لا اشتباه ههنا لان القصاص يكون للمولى كيفما كان سواء مات حرا أو عبدا وقال محمد لا يجب لان المولى ان لم يشتبه فسبب ثبوت الولاية قد اشتبه لانه ان مات حرا فالولاية تثبت بالارث وان مات عبدا فالولاية تثبت بالملك والجواب عن هذا من وجهين أحدهما ان السبب لم يشتبه لان المسبب واحد وهو الملك والولاء أثر من آثار الملك والثانى ان سلمنا ان السبب قد اشتبه لكن لا اشتباه فى الحكم وهو الولاية لانها ثابتة بيقين فتثبت بأى سبب كان فان قتل ابن المكاتب أو عبده عمدا فلا قود عليه لان المكاتب وهو أبو المقتول أو مولى العبد لو عتق كان القصاص له ولو

عجز

عجز كان القصاص للمولى فاشتبه الولى و بهذا علل فى الاصل فقال لانى لا أدرى انه للمولى أو للمكاتب ومعناه ماذكرنا وان اجتمعا على ذلك لم يقتص أيضا لان الولاية لاحدهما وهو غير معلوم فان عفوا فعفوهما باطل والقيمة واجبة للمكاتب اما بطلان العفو فأما عفو المولى فلانه لا يملك كسب المكاتب فلا يصح عفوه وأما عفو المكاتب فلان القيمة قد وجبت على القاتل فكان ابراء المكاتب تبرعا منه وأنه لا يملك التبرع فان قتل مولى مكاتبه عمدا أو خطأ فلا قصاص عليه فى العمد بلا شك لان رقبته مملوكة له فيصير شبهة سواء ترك وفاء أو لم يترك لا يجب القصاص لما قلنا غير أنه ان ترك وفاء فعلى المولى قيمته يقضى بها كتابته وكذلك لو قتل ابنه لان القصاص قد سقط بالشبهة فتجب الدية فسقط عنه قدر ماله من الكتابة لان الاصل ان كل دينين التقيا من جنس واحد فى الذمة وليس فى اسقاطه ابطال العقد ولا استحق قبضه فى المجلس فانه يصير أحدهما بالآخر قصاصا وما بقى يكون لوارثه لا للمولى لانه قاتله فلا يرثه وانما يصير ذلك قصاصا اذا حل أجل الدية لان القيمة وجبت عليه بالقتل مؤجلة ولو قتل عبد المكاتبة رجلا خطأ يقال للمكاتب ادفعه أو افده بالدية لان العبد من تجارته وكسبه فكان التدبير اليه كعبد المأذون جنى جناية خطأ انه يخير المأذون بين الدفع والفداء فالمكاتب أولى بخلاف نفس المكاتب اذا جنى انه يلزمه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لان نفس المكاتب لا تحتمل النقل بخلاف كسبه واذا لم تحتمل النقل فتعذر الدفع من غير اختيار فصار كما لو أعتق نفس العبد الجانى من غير علمه بالجناية وثمة يلزمه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية كذا ههنا ويؤخذ المكاتب باسباب الحدود الخالصة ونحوها كالزنا والسرقة والشرب والسكر والقذف لا القن لانه مأخوذ بها فالمكاتب أولى ولا يقطع فى سرقته من مولاه لانه عبده وكذا لا يقطع فى سرقته من ابن مولاه ولا من امرأة مولاه ولا من كل ذى رحم محرم من مولاه لان واحدا من هؤلاء لو سرق حق المولى لا يقطع فكذا مكاتبه وكذا لو سرق واحد من هؤلاء من المكاتب لا يقطع لان واحدا منهم لو سرق من المولى لا يقطع فكذا اذا سرق من المكاتب ولو سرق منه أجنبى يقطع بخصومته لان المكاتب أحق بمكاسبه ومنافعه فكان له حق الخصومة كالحر فيقطع بخصومته ويصح من المولى وغيره نسب ولد أمته المكاتبة اذا لم يكن له نسب معروف صدقته المكاتبة أو كذبته جاءت به لاقل من ستة أشهر أو لاكثر لما ذكرنا فيما تقدم انه ادعى نسب ولد جارية مملوكة له رقبة فكان ولدها مملوكا له أيضا ونسب ولد الجارية المملوكة يثبت بالدعوة من غير حاجة الى التصديق ثم الامة بالخيار ان شاءت عجزت نفسها وان شاءت مضت على الكتابة فان مضت على الكتابة فلها العقر ان كان العلوق فى حال الكتابة بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الكتابة لانها أحق بمنافعها ومكاسبها والمولى كالاجنبى عنها والعقر بدل منافع بضعها فيكون لها وان عجزت نفسها وصارت أم ولد له سقط العقر هذا اذا استولد مكاتبته فان دبر مكاتبته فكذلك هو بالخيار ان شاء نقض الكتابة وان شاء مضى عليها لتوجه العتق اليه من جهتين فكان له الخيار فان مات مولاه وهو لا يخرج من الثلث فقد ذكرنا الاختلاف فيما تقدم ولو ادعى نسب ولد جارية المكاتب وليس له نسب معروف وقد علقت به فى ملك المكاتب صحت دعوته لما قلنا ويحتاج فيه الى تصديق المكاتب استحسانا وقد ذكرناه فى كتاب الاستيلاد ولا يحبس المكاتب ببدل الكتابة لانه دين قاصر حتى لا تجوز الكفالة عند عامة العلماء خلافا لابن أبى ليلى هو يقول بانه دين فتصح الكفالة كسائر الديون ولنا أن حكم الكفالة ثبوت حق المطالبة للكفيل بمثل ما فى ذمة الاصيل وهذا لا يتحقق ههنا لان الثابت فى ذمة الاصيل دين يحبس به ودين لا يحبس به فلو جوزنا الكفالة به لم يكن الثابت بها حق المطالبة بمثل ما فى ذمة المكفول عنه فلا يتحقق حكم الكفالة بخلاف سائر الديون وأما الذى يتعلق باداء بدل الكتابة فهو عتق المكاتب ولا يعتق الا باداء جميع بدل الكتابة عند عامة العلماء وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه وقال على رضى الله تعالى عنه يعتق بقدر ما أدى ويبقى الباقى رقيقا وقال ابن مسعود رضى الله عنه اذا أعطى مقدار قيمته عتق ثم يصير بمنزلة الغريم وقال عبد الله بن عباس رضى الله عنهما اذا كاتب العبد مولاه فهو غريم من الغرماء وهذا يدل على

أن مذهبه ان المكاتب يعتق بنفس الكتابة وقد روى محمد بن الحسن عن شريح مثل ذلك وجه قول على كرم الله وجهه ان المكاتبة عقد معاوضة فاذا أدى العبد بعض بدل الكتابة الى المولى فقد ملك المولى ذلك القدر فلولم يملك من نفسه ذلك القدر لاجتمع للمولى ملك البدل والمبدل وهذا لا يجوز وجه قول ابن مسعود رضى الله عنه ان قيمة العبد مالية فلو عتق باداء ما هو أقل من قيمته لتضرر به المولى واذا أدى قدر قيمته فلا ضرر على المولى وجه قول ابن عباس رضى الله عنهما انه لو لم يعتق بنفس العقد لوجب للمولى على عبده دين ولا يجب للمولى على عبده دين ولان الكتابة اعتاق على مال ومن أعتق عبده على مال وقبل العبد عتق والمال دين عليه كذلك ههنا وجه قول زيد بن ثابت رضى الله عنه قول النبى صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وهذا نص فى الباب ولان المولى علق عتقه باداء جميع بدل الكتابة فلا يعتق مالم يؤد جميعه كما لو قال لعبده اذا أديت الى ألفا فانت حر انه لا يعتق مالم يؤد جميع الالف كذا ههنا ثم العتق كما يثبت باداء بدل الكتابة يثبت بأداء العوض عن بدل الكتابة لان عوض الشىء يقوم مقامه ويسد مسده كانه هو كما فى البيع وغيره على أن بدل الكتابة دين فى ذمة العبد وقضاء الديون يكون باعواضها لا باعيانها وكذا يثبت بالابراء لما ذكر ثم اذا أدى بدل الكتابة وعتق يعتق ولده المولود فى الكتابة بان ولد للمكاتب ولد من أمة اشتراها لانه صار مكاتبا تبعا للاب فيثبت فيه حكم الاصل الا ان للمولى أن يطالب الاب دون الولد لانه لم يدخل فى العقد مقصودا بل تبعا فلا يملك مطالبة التبع حال قيام المتبوع وكما يعتق المكاتب بالاداء من كسبه يعتق بالاداء من كسب ولده لان كسب الولد كسبه فاذا أدى يعتق هو وولده وكذا اولاده المشترك فى الكتابة وولد ولده وان سفل والوالدون وان علوا اذا اشتراهم المكاتب يدخلون فى الكتابة كالولد المولود سواء لا فرق بينهم الا فى فصل واحد وهو أنه اذا مات المكاتب من غير مال يقال للولد المشترى وللوالدين اما أن تؤدوا الكتابة حالا والا رددنا كم فى الرق بخلاف الولد المولود فى الكتابة لما ذكر وأما ماسوى الوالدين والمولودين من ذوى الرحم المحرم كالاخ والعم والخال ونحوهم فهل يدخلون فى الكتابة قال أبو حنيفة لا يدخلون وقال أبو يوسف ومحمد يدخلون ويسعون على النجوم بمنزلة الوالدين والمولودين والاصل عندهما ان كل من اذا ملكه الحر يعتق عليه فاذا ملكه المكاتب يتكاتب عليه ويقوم مقامه وجه قولهما ان المكاتبة عقد يفضى الى العتق فيعتبر بحقيقة العتق والحكم فى الحقيقة هذا فكذا فى كسب الكسب المفضى اليه ولهذا اعتبر بحقيقة العتق فى الوالدين والمولودين كذا ههنا ولابى حنيفة ان الاصل أن لا يثبت التكاتب رأسا لان ملك المكاتب ملك ضرورى لكونه مملوكا ما بقى عليه درهم فلا يظهر فى حق التبرع والعتق وانما يظهر فى حق حرية نفسه الا ان حرية ولده وأبويه فى معنى حرية نفسه لمكان الحرية ولم يوجد فى سائر ذوى الرحم فبقى الامر فيهم على الاصل وبدل القياس من وجه آخر يقتضى أن لا يدخل الولد لانه كسبه وحق الحرية لا يسرى للاكساب ككسب أم الولد والمدبر وانما استحسنا الولا ذبحكم الحرية ولم يوجد والولد المنفصل قبل العقد لا يدخل فى الكتابة ويكون للمولى ولو اختلفا فقال المولى ولد قبل العقد وقالت المكاتبة بعد العقد ينظر ان كان الولد فى يد المولى فالقول قوله انه انفصل قبل العقد وان كان فى يد الامة فالقول قولها ويحكم فيه الحال كمن استأجر عبدا ومضت مدة الاجارة ثم اختلفا فادعى المستأجر الاباق والمؤاجر ينكر انه ينظر ان كان فى الحال آبقا فالقول قول المستأجر وان لم يكن فى الحال آبقا فالقول قول المؤاجر وكذلك هذا فى الطاحونة اذا اختلفا فى انقطاع الماء وجريانه فان كان فى الحال منقطعا فالقول قول المستأجر وان كان جاريا فالقول قول المؤاجر ولو تصادقا فى الاباق والانقطاع واختلفا فى مدة الاباق والانقطاع فالقول قول المستأجر لانه منكر وجوب الزيادة وسواء كان الاداء فى حال حياة العاقدين أو بعد موتهما حتى لو مات المولى فادى المكاتب الى ورثته عتق لان العقد لا ينفسخ بموت المولى بلا خلاف وكذا لو مات المكاتب عن وفاء يؤدى بدل الكتابة الى المولى ويحكم بعتقه عندنا وعند الشافعى لا يعتق ويسلم البدل للمولى بناء على أن عقد الكتابة لا ينفسخ بموت المكاتبة عندنا كما لا ينفسخ بموت المولى وعنده ينفسخ بموت

المكاتب وقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم في المكاتب اذا مات عن وفاء انه يموت حرا أو عبدا قال علي رضي الله عنه وعبد الله بن مسعود رضي الله عنه يموت حرا فيؤدى بدل كتابته ويحكم بحريته وبه أخذ أصحابنا وعن زيد بن ثابت رضي الله عنه انه يموت عبدا والمال كله للمولى وبه أخذ الشافعي وجه قول الشافعي انه لو عتق لا يخلو اما أن يعتق قبل موته واما أن يعتق بعد موته لا سبيل الى الاول لان العتق معلق باداء البدل والاداء لم يوجد قبل الموت ولا سبيل الى الثاني لان محل العتق قد فات لان محله الرق وقد فات بالموت واثبات الشيء في غير محله محال فامتنع القول بالعتق ولا يقال انه يعتق مستندا الى آخر جزء من أجزاء حياته وهو قابل للعتق في ذلك الوقت لان الاصل فيما يثبت مستندا انه يثبت للحال ثم يستند ألا ترى ان من باع مال الغير توقف على اجازة المالك عندكم فان هلك المال ثم أجاز المالك لا تلحقه الاجازة لان الحكم يثبت عند الاجازة مستندا فيراعى قيام محل الحكم للحال والمحل ههنا لا يحتمل العتق للحال فلا يستند ولنا ما روى عن قتادة أنه قال قلت لسعيد بن المسيب ان شريحا قال في المكاتب اذا مات عن وفاء وعليه دين بدئ بدين الكتابة ثم بالدين فقال سعيد أخطأ شريح وان كان قاضيا فان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول ان المكاتب اذا مات عن وفاء وعليه دين بدئ بالدين ثم بالكتابة فاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في الترتيب والميل على اتفاقهم على بقاء عقد الكتابة بعد الموت فرواية قتادة تشير الى اجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما قلنا ومثله لا يكذب فلا يعتد بخلاف الشافعي لان العتق في الحقيقة معلق بسلامة البدل للمولى اما صورة ومعنى بالاستيفاء واما معنى لا صورة بأخذ العوض أو الابراء لا بصورة الاداء من المكاتب لان العتق يثبت من غير أداء أصلا بأخذ المولى وبالابراء وقد سلم البدل للمولى اما صورة ومعنى بالاستيفاء واما معنى لا صورة بالابراء أما طريق الاستيفاء فلان هذا عقد معاوضة بين المولى والمكاتب وحكمه في جانب المولى ملك البدل وسلامته وفي جانب المكاتب سلامة رقبته بالحرية وسلامة أولاده وأكسابه حال سلامة البدل للمولى وفي الحال زوال يد المولى عنه وصيرورته أحق بمنافعه ومكاسبه وقد ثبت الملك في البدل للمولى في ذمة العبد للحال حتى لو تبرع عنه انسان بالاداء وقبل المولى صح ولو أبرأه جاز الابراء ويعتق ولو أحال المكاتب على غريم له عليه دين من أكسابه وقبل المولى صح وعتق واذا ثبت الملك للمولى في البدل كان ينبغي أن يزول البدل من ملكه وعن رقبة المكاتب وتسلم له رقبته تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة اذ المعاوضة في الحقيقة بين البدل والرقبة كما في سائر المعاوضات من البيع والاجارة كما في الخلع والاعتاق على مال الا أن الزوال لو ثبت ههنا للحال بقي الدين في ذمة المفلس ويتكامل في الاداء فيتضرر به المولى فيمتنع الناس عن الكتابة فشرع هذا العقد على خلاف موجب المعاوضات في ثبوت السلامة وزوال البدل عن المولى الا بسلامة البدل له على الكمال نظرا للموالي وترغيبا لهم في عقد الكتابة ونظرا للعبيد ليتوصلوا الى العتق فاذا جاء آخر حياته وعجز عن الكسب انتقل الدين من ذمته الى أكسابه كما في الحر الا أن الكسب قد لا يسلم له اما بالهلاك أو بأخذ الورثة فاذا أدى ذلك الى المولى فقد وجد الشرط وهو سلامة البدل للمولى فيسلم المبدل للمكاتب وهو رقبته له وأما الابراء فهو انه لما بلغ آخر حياته يسقط عنه المطالبة بأداء البدل لعجزه عن الاداء بنفسه وانتقل الى المال خلفا عن المطالبة عنه فيطالب به وصيه أو وارثه أو وصي القاضي فاذا أدى النائب سقطت المطالبة عن النائب في آخر حياته فيبرأ عن بدل الكتابة وتسقط عنه المطالبة في ذلك الوقت فيعتق في ذلك الوقت وقد خرج الجواب عما ذكره الشافعي لما ذكرنا ان الشرط ليس هو من صورة الاداء بل سلامة البدل صورة ومعنى بالاستيفاء أو معنى بالابراء وقد حصل ومن أصحابنا من قال ان العتق يثبت بعد الاداء تصور اعليه ويبقى حيا تقديرا لاحراز شرف الحرية كما يبقى المولى حيا بعد الموت تقديرا لاحراز شرف الكتابة ويثبت العتق فيه وهو مثبت حقيقة ويقدر حيا على الاختلاف طريق أصحابنا في ذلك على ما عرف في الخلافيات ولو مات المكاتب وترك وفاء وأولادا أحرارا بأن ولدوا من امرأة حرة يؤدي بدل كتابته وما فضل يكون ميراثا بين أولاده الاحرار لان المكاتب يعتق في آخر جزء

من حياته ثم يموت فيموت حرا فيرث منه أولاده الاحرار وكذلك أولاده الذين ولدوا فى الكتابة لانهم صاروا مكاتبين تبعا له فاذا عتق هو فى آخر حياته يعتقون هم أيضا تبعا له فاذا مات هو فقد مات حرا وهم أحرار فيرثونه وكذا أولاده الذين اشتراهم فى الكتابة و الداه لما قلنا وكذا ولده الذى كوتب معه كتابة واحدة لانه عتق معه فى آخر حياته فيرثه وأما ولده الذى كاتبه كتابة على حدة لا يرثه لانه لا يعتق بعتقه فيموت حرا و ولده مكاتب والمكاتب لا يرث الحر ولومات وترك وفاء وعليه دين أجنبي ودين المولى غير الكتابة وله وصايا من تدبيره وغير ذلك وترك ولدا حرا أو ولدا ولد له فى الكتابة من أمته يبدأ بدين الاجانب ثم بدين المولى ثم بالكتابة والباقى ميراث بين سائر أولاده و بطلت وصاياه أما بطلان وصاياه فلوجهين أحدهما يخص التدبير والثانى يعم سائر الوصايا أما الاول فلان المدبر يعتق بموت السيد والمكاتب ليس من أهل الاعتاق وأما الثانى فلانه اذا أدى عنه بعد الموت فانه يحكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته وذلك زمان لطيف لا يسع الوصية ثم انتقل الملك الى الوارث والملك للموصى له يثبت بعقد الوصية الذى هو فعله فاذا لم يتسع الوقت له لا يمكن اثباته بخلاف الميراث لان الملك ينتقل الى الورثة من غير صنع العبد واذا بطلت الوصايا بقيت الديون وأما ترتيب الديون فيبدأ بدين الاجنبي لان الاصل فى الديون المتعلقة بالتركة انه يبدأ بالاقوى فالاقوى كما فى دين الصحة مع دين المرض ودين الاجنبي أقوى من دين المولى لانه يبطل بالرق دين المولى ولا يبطل دين الاجنبي بل يباع فيه فيبدأ بدين الاجنبي ثم ينظر فى بقية التركة فان كان فيها وفاء بدين المولى و بالكتابة بدئ بدين المولى ثم بالكتابة لان دين المولى أقوى من دين الكتابة بدليل انه تصح الكفالة به ولا تصح بدين الكتابة وكذا المكاتب يملك اسقاط دين المكاتبة عن نفسه قصدا بأن يعجز نفسه ولا يملك اسقاط دين المولى قصدا بل يسقط ضرورة بسقوط الكتابة فكان دين المولى أقوى فيقدم على دين الكتابة وان لم يكن فى التركة وفاء بالديون جميعا بدئ بدين الكتابة لانه لو بدئ بقضاء دين المولى لبطل القضاء لانه اذا قضى ذلك فقد صار عاجزا فيكون قد مات عاجزا فتبطل الكتابة فلم يصح القضاء لانه بالعجز صار قنا ولا يجب للمولى على عبده القن دين وليس فى البداءة بقضاء دين الكتابة ابطال القضاء فيكون أولى فيبدأ بالكتابة حتى يعتق و يكون دين المولى فى ذمته فر بما يستوفى منه اذا ظهر له مال وما فضل عن هذه الديون فهو ميراث لاولاده الاحرار من امرأة حرة ولاولاده المولودين فى الكتابة لانهم عتقوا بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته فيرثون كالحر الاصل ولومات وترك وفاء وعليه دين وجناية ومكاتبة ومهر وأولاد أحرار من امرأة حرة وأولاد ولدوا فى الكتابة من أمته وأولاد اشتراهم يبدأ بالدين ثم بالجناية ثم بالكتابة ثم يكون الباقى ميراثا لجميعهم لان الدين أقوى من الكتابة لما بينا ثم ينظر الى ما بقى من المال فان كان فيه وفاء بالكتابة فانه يبدأ بالجناية لانه اذا كان به وفاء بالجناية صار كان المكاتب قن فيقضى عليه بالجناية ومتى قضى عليه بالجناية يصير عاجزا اذا لم يكن فى الباقى وفاء وان لم يكن فى المال وفاء بالكتابة وكان فيه وفاء بالخيار أو لم يكن فقد مات المكاتب عبدا و بطلت الجناية لانه لا حق لصاحب الجناية فى مال العبد وانما كان حقه فى الرقبة وقد فاتت الرقبة وهذا اذا كان القاضى لم يقض بالجناية فى حال حياته فان كان القاضى قضى عليه بالجناية صار حكمه حكم سائر الديون وأما المهر فان كان تزوج نكاحا صحيحا باذن المولى فحكمه حكم سائر الديون وان كان النكاح بغير اذن المولى لا يجب للمرأة شئ ما لم يقض سائر الديون والجناية والكتابة فان فضل شئ يصرف الى المهر لان فى النكاح الفاسد انما يتبع بالمهر بعد العتاق لانه لا يصح فى حق المولى فاذا زال حق المولى فحينئذ يؤاخذ به فان أديت كتابته وحكم بحريته وحرية أولاده صار الباقى ميراثا لاولاده كلهم لانهم عتقوا بعتقه وكذلك ان كان الابن مكاتبا معه لانهم عتقوا فى زمان واحد وان كاتب الابن مكاتبة على حدة لا يرث منه لانه لا يعتق بعتقه ولا يستند عتقه فى حقه فلا يرث منه وان مات المكاتب من غير وفاء وترك ولدا مولودا فى الكتابة بأن ولدت أمته التى اشتراها بأن كان المكاتب تزوج أمة انسان باذن

مولاه

مولاه فولدت منه ثم اشتراها المكاتب و ولدها أو المكاتبة ولدت من غير مولاها فانه يسعى فى الكتابة على نجوم أبيه
ولا يبطل الاجل لانه اذا مات لاعن وفاء فقد مات عاجزا فقام الولد مقامه كانه حى ولو كان حيا حقيقة لكان يسعى
على نجومه فكذا ولده بخلاف ما اذا مات عن وفاء لانه مات قادرا فيؤدى بدل الكتابة بالحال ولا يؤخر الى أجله
بل يبطل الاجل لان موت من عليه الدين يبطل الاجل فى الاصل كما فى سائر الديون وليس ههنا أحد يقوم مقامه
حتى يجعل كانه حى واذا أدى السعاية عتق أبوه وهو وأما ولده المشترى فى الكتابة فانه لا يسعى على نجومه بل يقال
له اما أن تؤدى السعاية حالا أو ترد الى الرق ولا يقال ذلك للمولود فى الكتابة بل يسعى على نجوم أبيه ولا يرد الى
الرق الا اذا أخل بنجم أو بنجمين على الاختلاف وانما كان ذلك لان دخول الولد فى الكتابة بطريق التبعية
وتبعية الولد المولود فى الكتابة أشد من تبعية المشترى فى الكتابة لان تبعيته باعتبار الجزئية والجزئية فى الولد
المولود فى الكتابة حصلت فى العقد فكان بمنزلة المكاتب نفسه والحكم فى المكاتب على ما ذكرنا فكذا فيه ولا
كذلك الولد المشترى لان جزئيته ما حصلت فى العقد فانحطت درجته عنه فلا بد من اظهار ذلك فى الحكم ترتيبا
للاحكام على مراتب الحجج فى القوة والضعف وذكر القاضى فى شرح الكافى الخلاف فى المسئلة وجعل ما ذكرنا
قول أبى حنيفة وأما على قولهما فالولد المشترى والولد المولود سواء وجه قولهما ان التكاتب على الولد المولود
لمكان التبعية وهى موجودة فى المشترى وجواب أبى حنيفة عن هذا ان معنى التبعية فى المولود أقوى منه فى المشترى
فلا يصح القياس ولو مات من غير وفاء وترك الديون التى ذكرنا فالخيار فى ذلك الى الولد يبدأ بأى ذلك شاء لان
المكاتب اذا لم يترك وفاء صار التدبير الى الولد لانه يقضى من كسبه فيبدأ بأى ذلك شاء فان أخل بنجم أو بنجمين
على الاختلاف يرد فى الرق ولو كان بعض أولاده غائبا و بعضهم حاضرا فعجز الحاضر لا يرد فى الرق حتى يحضر
الغائب لجواز ان الغائب يحضر فيؤدى ولو مات المكاتب ولم يترك وفاء لكنه ترك أم ولد فان لم يكن معها ولد بيعت
فى المكاتبة وان كان معها ولد استسعت فيها على الاجل الذى كان للمكاتب صغيرا كان ولدها أم كبيرا بناء على
أن المكاتب اذا اشترى أم ولد وليس معها ولد فانها لا تدخل فى مكاتبته وكان له أن يبيعها عند أبى حنيفة وكذا
الموالاة عندهما تدخل فى مكاتبته فكذلك بعد موته تكون بمنزلته لما دخلت فى الكتابة واذا كان معها فانها
تتبع ولدها فى الكتابة عند أبى حنيفة ولا يجوز بيعها فكذا بعد الموت اذا كان معها ولد ولدته فى الكتابة و يصير
كانه قائم لان الابن قام مقامه وعلى قولهما لا فرق بين وجود الولد وعدمه وجه قولهما انها انما تسعى لان عتاق
الاستيلاد بمنزلة عتاق النسب فلا يبطل بموت الولد فكان حالها بعد موت الولد وقبله واحدا ولابى حنيفة انه
لا وراثة بينه و بينها وانما دخلت فى كتابته لكتابة ولدها تبعا فاذا مات الولد بطلت كتابتها لانه كتابة الولد
بطلت بموته فيبطل ما كان تبعا له والله عز وجل أعلم ولو ولدت المكاتبة ولدا واشترت ولدا ثم ماتت سعيا فى
الكتابة على النجوم والذى يلى الاداء المولود فى الكتابة وهذا بناء على أن المولود فى الكتابة يقوم مقام المكاتب
والولد المشترى لا يقوم مقامه على الاتفاق أو على الاختلاف الا انه يسعى تبعا للولد المولود فى الكتابة فلا تجب
عليه السعاية ألا ترى ان محمدا ذكر فى الاصل فان قلت فلا يجب على الآخر شيء من السعاية قال لانها لو لم تدع غيره
بيع الا أن يؤدى الكتابة عاجلا وانما قلنا ان الذى يلى الاداء هو الولد المولود فى الكتابة لما ذكرنا ان الولد
المشترى لا يقوم مقام المكاتب على الاتفاق أو على أصل أبى حنيفة والمكاتبة ولو كانت حية لكانت تملك كسب
ولدها المشترى فكذا الذى يقوم مقامها وان سعى المشترى فادى الكتابة لم يرجع على أخيه بشيء لانه أدى
الكتابة من كسب الام لان كسب أم الولد المشترى للام فاذا أدى الكتابة من كسبه فقد أدى كتابة الام
وكسبه لها فلا يرجع ولما ذكرنا ان الولد المولود قائم مقامها ولو كانت الام باقية فادى الولد المشترى فعتقت الام لم
يرجع عليه بشيء كذا هذا وكذا الولد المولود فى الكتابة لو سعى وأدى لم يرجع على المشترى بشيء من هذا المعنى وقال

بعضهم هذا اذا أدى المولود فى الكتابة من مال تركته الام فاما اذا أدى من كسب اكتسبه بنفسه فانه يرجع بنصفه على المشترى ولم يذكر فى الاصل حكم المولود فى الكتابة وانما ذكر حكم المشترى انه اذا أدى لا يرجع ولو اكتسب هذا الابن المشترى كسبا كان لأخيه أن يأخذه و يستعين به فى كتابته لما ذكرنا ان الولد المولود قائم مقام الام وهى لو كانت قائمة لكانت تملك أخذ كسب المشترى وكذا من يقوم مقامها وكذا اذا أراد أن يسلمه فى عمل ليأخذ كسبه فيستعين به فى مكاتبته كان له ذلك وكذلك لو أمره القاضى أن يؤاجر نفسه أو أمر أخاه أن يؤاجره و يستعين بأجره على أداء الكتابة كان ذلك جائزا لانه بمنزلتها وما اكتسب الولد المولود فى الكتابة بعد موت أمه قبل الاداء فهو له خاصة لانه داخل فى كتابة الام وقائم مقامها فما اكتسبه يكون له وما يكتسب أخوه حسب من التركة فتقضى منه المكاتبة والباقى منه ميراث بينهما والفرق بينهما ان الولد المولود فى الكتابة قام مقامها فكان حكمها كحكمه وكسب المكاتبة لها كذا كسب ولدها وأما الولد المشترى فلم يقم مقامها غير انه كسبها بجميع ما اكتسبه فيصير كانها ماتت عن مال ولو ماتت عن مال تؤدى منه كتابتها والباقى ميراثا بينهما كذا هذا وقيل هذا كله قول أبى حنيفة فاما على قولهما فالولدان يقومان مقامها ولا يملك كل واحد منهما كسب صاحبه لان كل واحد منهما لو كان منفردا القام مقام المكاتبة و يسعى على النجوم عندهما فكذا اذا اجتمعا لم يكن أحدهما باولى من الآخر والله عز وجل الموفق وأما الفاسد وهى التى فاتها شىء من شرائط الصحة وهى ما ذكرنا فيما تقدم فلا يثبت بها شىء من الاحكام المتعلقة بما قبل الاداء لان الكتابة الفاسدة لا توجب زوال شىء مما كان للمالك عنه الى المكاتب فكان الحال بعد العقد كالحال قبله وأما الحكم المتعلق بالاداء وهو العتق فالفاسد فيه كالصحيح حتى لو أدى يعتق لان الفاسد من العقد عند اتصال القبض كالصحيح على أصل أصحابنا ونفس المكاتب فى قبضته الا ان فى الكتابة الفاسدة اذا أدى يلزمه قيمة نفسه وفى الكتابة الصحيحة يلزمه المسمى لما عرف ان الاصل أن يكون الشىء مضمونا بالمثل والقيمة هى المثل لانها مقدار ماليته وانما المصير الى المسمى عند صحة التسمية تحرزا عن الفساد لجهالة القيمة فاذا فسدت فلا معنى للتحرز فوجب الرجوع الى الاصل وهو القيمة كما فى البيع ونحوه وكذا فى الكتابة الفاسدة للمولى ان يفسخ الكتابة بغير رضا العبد و يرده الى الرق وليس له أن يفسخ فى الصحيحة الا برضا العبد وللعبد أن يفسخ فى الصحيح والفاسد جميعا بغير رضا المولى لما ذكرنا ان الفاسدة غير لازمة فى حقهما جميعا والصحيحة لازمة فى حق المولى غير لازمة فى حق العبد ثم اذا أدى فى الكتابة الفاسدة ينظر الى المسمى والى قيمة العبد أيهما أكثر على ما ذكرنا الكلام فيه فيما تقدم وسواء كان الاداء فى حياة المولى أو بعد موته الى ورثته استحسانا والقياس أن لا يعتق بالاداء الى الورثة وجه القياس أن العتق فى الكتابة الفاسدة يقع من طريق التعليق بالشرط لان فى الكتابة معنى المعاوضة ومعنى اليمين فاذا فسدت بطل معنى المعاوضة فيبقى معنى اليمين واليمين تبطل بموت الحالف ولان الكتابة الفاسدة لا توجب زوال ملك المولى واذا بقى ملكه فاذا مات قبل الاداء انتقل الى ورثته فلا [illegible] الاداء وجه الاستحسان انها مع كونها فاسدة فيها معنى المعاوضة والعتق فيها يثبت من طريق المعاوضة لا من طريق التعليق بالشرط بدليل أنه يجب فيها القيمة ولو كان العتق فيها بمحض اليمين لكان لا يجب فيها شىء لان القيمة لم يدخل تحت اليمين وكذا الولد المنفصل ومعلوم أن الولد المنفصل عند الشرط لا يدخل تحت اليمين فثبت أن فساد الكتابة لا يوجب زوال معنى المعاوضة عنها فثبت العتق فيها من طريق المعاوضة وأما قوله ان ملك المولى لا يزول فى الكتابة الفاسدة فنعم لكن قبل قبض البدل فاما بعد القبض فانه يزول ذلك عند الاداء ولو كاتب أمته كتابة فاسدة فولدت ولدا ثم أدت عتقت وعتق ولدها معها لما ذكرنا ان الكتابة الفاسدة تعمل عمل الصحيح عند اتصال القبض به والاولاد يدخلون فى الكتابة الصحيحة كذا فى الفاسدة فان ماتت الام قبل أن تؤدى لم يكن عمل ولدها أن يسعى لان الولد قائم مقام الام ثم الام لا تجبر على السعاية كذلك الولد لكنه اذا سعى فيما على أمه يعتق استحسانا والقياس أن لا يعتق وهو على ما ذكرنا فيما اذا مات المولى فادت المال الى

ورثته

ورثته تعتق استحسانا والقياس أن لا تعتق وأما الباطلة وهي التي فاتها شرط من شرائط الانعقاد فلا يثبت بها شيء من الاحكام لان التصرف الباطل لا وجود له الا من حيث الصورة كالبيع الباطل ونحوه فلا يعتق بالاداء الا اذا نص على التعليق بان قال ان أديت الى ألفا فانت حر فادى يعتق لكن لا بالمكاتبة بل بالتعليق بالشرط ولا يلزمه شيء كما في التعليق بسائر الشروط

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تنفسخ به الكتابة فانها تنفسخ بالاقالة لانها من التصرفات المحتملة للفسخ لكون المعاوضة فيها أصلا فتجوز اقالتها كسائر المعاوضات وكذا تنفسخ بفسخ العبد من غير رضا المولى بان يقول فسخت المكاتبة أو كسرتها سواء كانت فاسدة أو صحيحة لما ذكرنا انها وان كانت صحيحة فانها غير لازمة في جانب العبد نظرا له فيملك الفسخ من غير رضا المولى والمولى لا يملك الفسخ من غير رضا المكاتب لانها عقد لازم في جانبه وهل تنفسخ بالموت أما بموت المولى فلا تنفسخ بالاجماع لانه ان كان له كسب فيؤدى الى ورثة المولى وان لم يكن في يده كسب فيكتسب ويؤدى فيعتق فكان في بقاء العقد فائدة فيبقى وان عجز عن الكسب يرد الى الرق كما لو كان المولى حيا واذا مات المولى فادى المكاتب مكاتبته أو بقية منها الى ورثته وعتق فولاؤه يكون لعصبة المولى لان الولاء لا يورث من المعتق بعد موته لما نذكر في كتاب الولاء ان شاء الله تعالى وان عجز بعد موت المولى فرد الى الرق ثم كاتبه الورثة كتابة أخرى فادى اليهم وعتق فولاؤه للورثة على قدر مواريثهم لانه عتق باعتاقهم فكان ماله ميراثا بينهم اذ الولاء يورث به ان كان لا يورث نفسه واما بموت المكاتب فينظر ان مات عن وفاء لا ينفسخ عندنا خلافا للشافعي وان مات لا عن وفاء ينفسخ بالاجماع لانه مات عاجزا فلا فائدة في بقاء العقد فينفسخ ضرورة ولا ينفسخ بردة المولى بان كاتب مسلم عبده ثم ارتد المولى لانها لا تبطل بموت المولى حقيقة فبموته حكما أولى ان لا ينفسخ ولهذا لا تبطل سائر عقوده بالردة كذا المكاتبة فان أقر بقبض بدل الكتابة وهو مرتد ثم أسلم جاز اقراره في قولهم وان قتل أو مات على الردة لم يجز في قول أبي حنيفة اذا لم يعلم ذلك الا بقوله بناء على ان تصرفات المرتد غير نافذة عنده بل هي موقوفة وان علم ذلك بشهادة الشهود جاز قبضه وكذا يجوز للمرتد أخذ الدين بشهادة الشهود في كل ماوليه من التصرفات كذا ذكر في الاصل لان ردته بمنزلة عزل الوكيل فيملك قبض الديون التي وجبت بعقده كالوكيل المعزول في باب البيع انه يملك قبض الثمن بعد العزل وذكر في موضع آخر ولا يجوز قبض المرتد لانه انما يملك لكونه من حقوق العقد وحقوق هذا العقد وهو المكاتبة لا يتعلق بالعاقد فلا يملك القبض بخلاف البيع وأما على أصلهما فاقراره بالقبض جائز لان تصرفاته نافذة عندهما فان لم يقبض شيأ حتى لحق بدار الحرب فجعل القاضي ماله ميراثا بين ورثته فاخذوا الكتابة ثم رجع مسلما فولاء العبد له لان ردته مع لحوقه بدار الحرب بمنزلة موته ولو دفع الى الورثة بعد موته كان الولاء له كذلك هذا ويأخذ من الورثة ماقبضوه منه ان وجد بعينه كما في سائر أمواله التي وجدها مع الورثة باعيانها لان الوارث انما قبض بتسليط المورث فصار بمنزلة الوكيل والله عز وجل أعلم

﴿كتاب الولاء﴾

الولاء نوعان ولاء عتاقة وولاء موالاة أما ولاء العتاقة فلا خلاف في ثبوته شرعا عرفنا ذلك بالسنة واجماع الامة والمعقول أما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وهذا نص وروى ان رجلا اشترى عبدا فاعتقه فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله اني اشتريت هذا فاعتقته فقال صلى الله عليه وسلم هو أخوك ومولاك فان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له وان مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته والاستدلال به من وجهين أحدهما انه جعله عصبة اذا لم يترك وارثا آخر والثاني انه صلى الله عليه وسلم جعل المعتق مولى المعتق بقوله صلى الله عليه وسلم هو أخوك ومولاك ولا يكون مولاه الا وان يكون ولاؤه له

ونظير هذا الاستدلال استدلالنا بقوله عز وجل والله خلقكم وما تعملون على تقدير تسليم ارادة المعمول من قوله سبحانه وتعالى وما تعملون فى اثبات خلق الافعال من الله تبارك وتعالى أخبر سبحانه انه خلقهم وخلق معمولهم ولا معمول بدون العمل فيدل على كون المعمول مخلوق الله عز وجل وقوله صلى الله عليه وسلم ان شكرك فهو خير له لان المعتق لما أنعم الله عليه بالاعتاق فقد وجب عليه الشكر فاذا شكره فقد أدى ما وجب عليه فكان خيرا له وقوله صلى الله عليه وسلم وشر لك لانه قد وصل اليه شئ من العوض فاوجب ذلك نقصانا فى الثواب لانه يصير كانه أعتقه على عوض فكان ثوابه أقل ممن أعتق ولم يصل اليه على اعتاقه عوض دنيوى أصلا ورأسا وقوله صلى الله عليه وسلم وان كفرك فهو خير لك لان اعتاقه اذا خلى عن عوض دنيوى يتكامل ثوابه فى الآخرة وقوله صلى الله عليه وسلم وشر له لان شكر النعمة واجب عقلا وشرعا فاذا لم يشكره فقد ترك الواجب فكان شرا له وروى ان معتق بنت حمزة رضى الله عنه مات وترك بنتا فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته والنصف لابنة حمزة وروى عن عمر رضى الله عنه وعلى وعبد الله بن مسعود وأبى بن كعب وزيد بن ثابت وأبى مسعود الانصارى وأسامة ابن زيد رضى الله عنهم انهم قالوا الولاء للكبر فاتفاق هؤلاء النجباء من الصحابة رضى الله عنهم على لفظ واحد بدليل سماعهم ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ما ان هذا حكم لا يدرك بالقياس فالظاهر قول السماع وسيأتى تفسير هذا الحديث فى أثناء المسائل ان شاء الله تعالى وأما الاجماع فان الامة أجمعت على ثبوت هذا الولاء وأما المعقول فمن وجوه أحدها ان الاعتاق انعام اذ المعتق أنعم على المعتق بايصاله الى شرف الحرية ولهذا سمى المولى الاسفل مولى النعمة فى عرف الشرع وكذا سماه الله تعالى انعاما فقال عز وجل فى زيد مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم واذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه قيل فى التفسير أنعم الله عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالاعتاق فجعل كسبه عند استغنائه عنه لمولاه شكر الانعامه السابق ولهذا لا يرث المعتق من المعتق والثانى ان المعتق فى نصرة المعتق حال حياته ولهذا كان عقله عليه وعليه ان ينصره بدفع الظلم عنه وبكفه عن الظلم على غيره فاذا جنى فقد قصر فى أحد نوعى النصرة وهو كفه عن الظلم على غيره فجعل عقله عليه ضمانا للتقصير فاذا مات جعل ولاؤه لمعتقه جزاء للنصرة السابقة والثالث ان الاعتاق كالايلاد من حيث المعنى لان كل واحد منهما احياء معنى فان المعتق سبب لحياة المعتق باكتساب سبب الاهلية والمالكية والولاية التى يمتاز بها الآدمى عن البهائم كما ان الاب سبب حياة الولد باكتساب سبب وجوده عادة وهو الايلاد ثم الايلاد سبب لثبوت النسب فالاعتاق يكون سببا لثبوت الولاء كالايلاد وهذا معنى قول النبى صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب والله عز وجل أعلم فبعد هذا يقع الكلام فى مواضع فى بيان سبب ثبوته وفى بيان شرائط الثبوت وفى بيان صفة الثابت وكيفيته وفى بيان قدره وفى بيان حكمه وفى بيان ما يظهر له أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق أو ما يجرى مجرى الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية أو بغير صنعه بان ورث قريبه وسواء أعتقه لوجه الله أو لوجه الشيطان وسواء أعتقه تطوعا أو عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار والايلاء واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل أو ببدل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت وسواء كان صريحا أو يجرى مجرى الصريح أو كناية أو يجرى مجرى الكناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد ويستوى فيه صريح التدبير والاعتاق والاستيلاد والكتابة والاصل فيه قول النبى صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق من غير فصل وعلى هذا اذا أمر المولى غيره بالاعتاق فى حال حياته أو بعد وفاته ان الولاء للآمر لان العتق يقع عنه ولو قال لآخر اعتق عبدك عنى على ألف درهم فأعتق فالولاء للآمر لان العتق يقع عنه استحسانا والقياس ان يكون الولاء للمأمور لان العتق يقع عن المأمور وهو قول زفر وجه القياس انه أمر باعتاق عبد الغير عن نفسه وهذا لا يصح لان العتق لا يقع بدون الملك ولا ملك للآمر بل

للمامور

للمأمور فكان العتق عنه ولنا ان الامر بالفعل أمر بما لا وجود للفعل بدونه كالامر بصعود السطح يكون أمرا بنصب السلم والامر بالصلاة يكون أمرا بالطهارة ونحو ذلك ولا وجود للعتق عن الآمر بدون ثبوت الملك فكان أمر المالك باعتاق عبده عنه بالبدل المذكور أمرا بتمليكه منه بذلك البدل ثم باعتاقه عنه تصحيحا لتصرفه كانه صرح بذلك فقال بعه مني واعتقه عني ففعل ولو قال اعتق عبدك عني ولم يذكر البدل فاعتق فالولاء للمأمور في قول أبي حنيفة ومحمد لان العتق عنه وعند أبي يوسف هذا والاول سواء وجه قوله على نحو ما ذكرنا في المسئلة الاولى ولهما الفرق بين المسئلتين وهو انه في المسئلة الاولى أمكن اثبات الملك للآمر بالبدل المذكور بمقتضى الامر بالاعتاق لان الملك في البيع الصحيح لا يقف على القبض بل يثبت بنفس العقد فصار المأمور بائعا عبده منه بالبدل المذكور ثم معتقا عنه بامره وتوكيله وأما في المسئلة الثانية فلا يمكن اثبات الملك بالتمليك الثابت بطريق الاقتضاء لان التمليك من غير عوض يكون هبة والملك في باب الهبة لا يثبت بدون القبض فاذا أعتق فقد أعتق ملك نفسه لا ملك الآمر فيقع عن نفسه فكان الولاية له فهو الفرق ولو قال أعتق عبدك ولم يقل شيء آخر فأعتق فالولاء للمأمور لان العتق عنه لانه عتق عن نفسه لا عن الآمر لعدم الطلب من الآمر بالاعتاق عنه ولو قال أعتق عبدك على ألف درهم ولم يقل عني فأعتق توقف على قبول العبد اذا كان من أهل القبول فان قبل في مجلس علمه يعتق ويلزمه المال والا فلا لانه لم يطلب اعتاق العبد لنفسه وانما طلب اعتاق العبد للعبد وهو فضولي فيه فاذا اعتق المالك توقف اعتاقه على اجازة العبد كما اذا قال لغيره بع عبدك هذا من فلان على ألف درهم فباعه أنه يتوقف على اجازة فلان كذا هذا وسواء كان المعتق ذكرا أو أنثى لوجود السبب منهما ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق . وقال صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن الحديث والمستثنى من المنفي مثبت ظاهرا وسواء كان المعتق والمعتق مسلمين أو كافرين أو كان أحدهما مسلما والآخر كافرا لوجود السبب ولعموم الحديث حتى لو أعتق مسلم ذميا أو ذمي مسلما فولاء المعتق منهما للمعتق لما قلنا الا أنه لا يرثه لانعدام شرط الارث وهو اتحاد الملة قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتوارث أهل ملتين بشيء وقال صلى الله عليه وسلم لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن ويجوز أن يكون الولاء ثابتا لانسان ولا يرث به لانعدام شرط الارث به على ما ذكر حتى لو أسلم الذمي منهما قبل موت المعتق ثم مات المعتق يرث به لتحقق الشرط وكذا لو كان للذمي الذي هو معتق العبد المسلم عصبة من المسلمين بأن كان له عم مسلم أو ابن عم مسلم فانه يرث الولاء لان الذمي يجعل بمنزلة الميت وان لم يكن له عصبة من المسلمين يرد الى بيت المال ولو كان عبد مسلم بين مسلم وذمي فأعتقاه ثم مات العبد فنصف ولائه للمسلم لان المسلم يرث المسلم والنصف الآخر لأقرب عصبة الذمي من المسلمين ان كان له عصبة مسلم وان لم يكن يرد الى بيت المال ولو أعتق حربي عبده الحربي في دار الحرب لم يصر بذلك مولاه حتى لو خرجا الى دار الاسلام مسلمين لا ولاء له وهذا قول أبي حنيفة ومحمد لانه لا يعتق عندهما لانه لا يعتق بكلام الاعتاق وانما يعتق بالتخلية والعتق الثابت بالتخلية لا يوجب الولاء وعند أبي يوسف يصير مولاه ويكون له ولاؤه لان اعتاقه بالقول قد صح في دار الحرب وكذلك لو دبره في دار الحرب فهو على هذا الاختلاف ولا خلاف في أن استيلاده جائز وتصير الجارية أم ولد له لا يجوز بيعها لما ذكرنا فيما تقدم ان مبنى الاستيلاد على ثبوت النسب والنسب يثبت في دار الحرب ولو أعتق مسلم عبدا له مسلما أو ذميا في دار الحرب فولاؤه له لان اعتاقه جائز بالاجماع وان أعتق عبدا له حربيا في دار الحرب لا يصير مولاه عند أبي حنيفة لانه لا يعتق بالقول وانما يعتق بالتخلية وعند أبي يوسف يصير مولاه لثبوت العتق بالقول وقول محمد فيه مضطرب حتى لو أسلم العبد في دار الحرب وخرجا مسلمين الى دار الاسلام فلا ولاء للمعتق على المعتق وللمعتق أن يوالي من شاء عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يرث المعتق من المعتق وله ولاؤه اذا خرجا مسلمين وان سبي العبد المعتق كان مملوكا للذي سباه في قولهم جميعا ولا يخلو اما أن يكون مملوكا أو حرا فان كان مملوكا

لا كان محلا للاستيلاد والتملك وكذا ان كان حرا لان الحربي الحر محل للاستيلاد والتملك وعلى هذا يخرج ما اذا دخل رجل من أهل الحرب دار الاسلام بأمان فان اشترى عبدا فأعتقه ثم رجع الى دار الحرب فسبي فاشتراه عبده المعتق فأعتقه ان كل واحد منهما يكون مولى صاحبه حتى ان أيهما مات ولم يترك عصبة من النسب ورثه صاحبه لوجود سبب الارث من كل واحد منهما وهو الاعتاق وشرطه وكذا الذمي اذا أعتق عبدا له ذميا فأسلم العبد ثم هرب الذمي المعتق ناقضا للعهد الى دار الحرب فسبي وأسلم فاشتراه العبد الذي كان أعتقه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه لما قلنا وكذلك المرأة اذا أعتقت عبدا لها ثم ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الذي كانت المرأة أعتقته فأعتقها كان الرجل مولى المرأة والمرأة مولاة الرجل لوجود الاعتاق من كل واحد منهما ثم العتق كما هو سبب ثبوت الولاء للمعتق فهو سبب وجوب العقل عليه حتى لو جنى المعتق كان عقله على المعتق لما ذكرنا ان عليه حفظه فاذا جنى فقد قصر في الحفظ وأما شرط ثبوته فلثبوت الولاية شرائط بعضها يعم ولاء العتاقة وولاء ولد العتاقة وبعضها يخص ولاء ولد العتاقة فأما الذي يعمهما جميعا فهو أن لا يكون للعبد المعتق أو لولده عصبة من جهة النسب فان كان لا يرثه المعتق لانه يرثه من طريق التعصيب وفي العصبات يعتبر الاقوى فالاقوى ولا شك ان العصبة من جهة النسب أقوى فكان أولى وهذا لان الولاء وان كان لحمة كلحمة النسب كما نطق به الحديث لكنه لا يكون مثل حقيقة النسب فكان اعتبار حقيقة النسب أولى فان لم يكن له عصبة من جهة النسب وله أصحاب الفرائض أو ذوو الارحام فحكمه يذكر في موضعين ان شاء الله تعالى وأما الذي يخص ولد العتاقة فمنها أن تكون الام معتقة فان كانت مملوكة فلا ولاء لاحد عليه ما دام مملوكا سواء كان الاب حرا أو مملوكا لان الولد يتبع الام في الرق والحرية فكان مملوكا للمولى أمه فلا يتصور الولاء ومنها أن لا تكون الام حرة أصلية فان كانت فلا ولاء لاحد على ولدها وان كان الاب معتقا لما ذكرنا ان الولد يتبع الام في الرق والحرية ولا ولاء لاحد على أمه فلا ولاء على ولدها فان كانت الام معتقة والاب معتقا فالولد يتبع الاب في الولاء ويكون ولاؤه لمولى الاب لا لمولى الام لان الولاء كالنسب والاصل في النسب هو الاب ومنها أن لا يكون الاب عربيا فان كان الاب عربيا والام مولاة لقوم فالولد تابع للاب ولا ولاء عليه لان الولاء أثر من آثار الرق ولا رق على عربي ولو كان الاب نبطيا وهو حر مسلم لم يعتق وله ولاء موالاة أو لم يكن فالولد يتبع الام في ولاء العتاقة عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يكون تبعا للاب كما في العربي (وجه) قول أبي يوسف ان النسب يشبه النسب والنسب الى الآباء وان كان أضعف ألا ترى ان الام لو كانت من العرب والاب من الموالي فالولد يكون تابعا لقوم الاب ولهما ان ولاء الام لمواليها لاجل النصرة فيثبت للولد هذه النصرة ولا نصرة له من جهة الاب لان من سوى العرب لا يتناصرون بالقبائل فصار كمعتقة تزوجت عبدا فيكون ولاء أولادها لمواليها ومنها أن لا يكون للاب مولى عربي فان كان لا ولاية لاحد عليه لان حكمه حكم العربي لقول النبي صلى الله عليه وسلم ان مولى القوم منهم ومنها أن لا يكون الولد معتقا فان كان لا يكون ولاؤه لموالي الاب ولا لموالي الام بل يكون لمن أعتقه لانه اذا أعتق صار له ولاء نفسه لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق فلا يكون تبعا لغيره في الولاء وبيان هذا الاصل يذكر في بيان صفة الولاء وأما صفته فله صفات منها ان الارث به عند وجود سبب ثبوته وشرطه من طريق التعصيب ومعنى هذا الكلام ان المعتق انما يرث بالولاء مال المعتق بطريق العصوبة ويكون المعتق آخر عصبات المعتق مقدما على ذوي الارحام وعلى أصحاب الفرائض في استحقاق ما فضل من سهامهم حتى انه لو لم يكن للمعتق وارث أصلا أو كان له ذو الرحم كان الولاء للمعتق وان كان له أصحاب الفرائض فانه يعطى فرائضهم أولا فان فضل شيء يعطى المعتق والا فلا شيء له ولا يرد الفاضل على أصحاب الفرائض وان كانوا ممن يحتمل الرد عليه وهذا قول عامة العلماء وهو قول علي وابن عباس وزيد رضي الله عنهم وروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه لا يرث بطريق التعصيب وهو مؤخر عن أصحاب الفرائض في

استحقاق

استحقاق الفاضل وعن ذوى الارحام أيضا واحتجوا بظاهر قوله تعالى وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض فظاهره يقتضى أن يكون ذو الرحم أولى من المعتق (وجه) قول الاولين ما رويناعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه جعل ولاء مولى بنت حمزة رضى الله عنه بينها و بين بنت معتقها نصفين فقد أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم بنت حمزة رضى الله عنه مقام العصبات حيث جعل النصف الآخر لها ولم يأمر برده على بنت المعتق ولو كان الامر كما زعموا لامر صلى الله عليه وسلم بالرد كما فى سائر المواريث اذا لم يكن هناك عصبة وقال صلى الله عليه وسلم ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلاولى رجل ذكر وأولى رجل ذكرههنا هو المولى وروى فلاولى عصبة ذكر وهو المولى ههنا وأما الآية الكريمة فقال بعضهم فى تأويلها أى ذوو الارحام من العصبة بعضهم أولى ببعض أى الاقرب من ذوى الارحام من العصبات بعضهم أولى ببعض من الابعد كالابن مع ابن الابن والاخ لاب وأم مع الاخ لاب ونحو ذلك واذا عرف هذا الاصل فبيانه فى مسائل اذا مات المعتق وترك أما ومولى فللام الثلث والباقى للمولى عند الاولين لانه عصبة وعند الآخرين الثلث للام بالفرض والباقى رد عليها أيضا وان ترك بنتا ومولى فللبنت فرضها وهو النصف والباقى للمولى عند الاولين لانه عصبة وعند الآخرين النصف للبنت بالفرض والباقى رد عليها ولو ترك ثلاث أخوات متفرقات وأما وترك مولاه فللاخت للاب والام النصف وللاخت للاب السدس تكملة الثلثين وللاخت للام السدس وللام السدس فقد استغرقت سهامهم الميراث فلم يبق شىء للمولى وان ترك امرأة ومولى فللمرأة فرضها وهو الربع والباقى للمولى بلا خلاف وكذا اذا كان المعتق أمة فتركت زوجها ومولى فللزوج فرضه وهو النصف والباقى للمولى أما على قول الاولين فلان المولى عصبة فكان الباقى له وأما على قول الآخرين فلانه لا سبيل الى الرد اذ لا يرد على الزوج والزوجة فان ترك المعتق عمة وخالة ومولاه فالمال للمولى فى قول الاولين لانه آخر العصبات يقدم على ذوى الارحام وفى قول الآخرين للعمة الثلثان وللخالة الثلث لتقدم ذوى الارحام عليه وقس على هذا نظائره وعلى هذا يخرج ما اذا اشترت المرأة عبدا فأعتقته ثم مات العبد المعتق وترك ابنته فللابنة النصف وما بقى فلمولاته لانها عصبة وهذا قول الاولين وأما على قول الآخرين فالباقى يرد عليها بالقرابة واذا اشترت أباها فعتق ثم مات الاب وليس له عصبة فلابنته النصف بالنسب وما بقى فلابنته أيضا بحق الولاء بالرد لانها عصبة الاب فى الولاء وعلى قول الآخرين ما بقى يرد عليها بالقرابة فان كان الاب أعتق عبدا قبل أن يموت ثم مات الاب ثم مات العبد المعتق ولم يترك عصبة فانها ترثه لانه معتق معتقها فكان ولاؤه لها لقول النبى صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن الحديث والاستثناء من النفى اثبات ظاهرا فان اشترت اختان لاب وأم أباهما ثم مات الاب ولم يترك عصبة وترك ابنتيه هاتين فللابنتين الثلثان بالنسب وما بقى فلهما أيضا بلا خلاف ولكن عند الاولين بطريق العصوبة لانهما عصبة وعند الآخرين بطريق الرد وان اشترت احداهما اباهما ثم مات الاب ولم يترك عصبة وترك ابنتيه هاتين فللابنتين الثلثان بالنسب وللتى اشترت الاب الثلث والباقى خاصة بالولاء فى قول الاولين لانها عصبة وفى قول الآخرين الباقى يرد عليهما نصفين فان اشترتا أباهما ثم ان احداهما والاب اشتريا أخا لهما من الاب ثم مات الاب فان المال بين الابنتين و بين الابن للذكر مثل حظ الانثيين لانه مات حرا عن ابن حر وعن ابنتين حرتين فكان الميراث لهم بالقرابة فلا عبرة للولاء فى ذلك فان مات الابن بعد ذلك فلاختيه الثلثان بالنسب والثلث الباقى نصفه للتى اشترته مع الاب خاصة لان لها نصف ولاء الاخ لانه عتق بشرائها وشراء الاب فكان ولاؤه بينهما وما بقى فبينهما نصفان لانهما مشتركتان فى ولاء الاب فصار حصة الاب بينهما نصفين وهو سدس جميع المال وتخرج المسئلة من اثنى عشر للاختين الثلثان لكل واحدة منهما أربعة أسهم ونصف ثلث الباقى وذلك سهمان للتى اشترته مع الاب بالولاء ونصف الثلث بينهما نصفان بولاء الاب لكل واحدة منهما سهم فصار للتى اشترته سبعة أسهم وللاخرى خمسة أسهم وهذا على قياس قول على

وابن عباس و زيد رضى الله عنهم وأما على قياس قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما اذا مات الابن بعد موت الاب فلاختيه الثلثان بالنسب كما قالوا والثلث الباقى يرد عليهما فان اشترت احداهما الاب واشترت الاخرى والاب أخاهما ثم مات الاب فالمال بين الابن والابنتين للذكر مثل حظ الانثيين لما قلنا فان مات الاخ بعد ذلك فللاختين الثلثان بالنسب ونصف الثلث الباقى للتى اشترت الاخ مع الاب وما بقى فهو للتى اشترت الاب خاصة فيصير المال بينهما نصفين وهذا على قول على وابن عباس و زيد رضى الله عنهم وأما على قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما فالثلث الباقى يرد عليهما والله عز وجل الموفق ومنها انه لا يورث من المعتق بعد موته ولا يكون سبيله سبيل الميراث وانما يستحقه عصبة المعتق بنفسها وهم الذكور من عصبته لا الاناث ولا الذكور من أصحاب الفرائض والاصل فيه قول النبى صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث أى لا يورث من المعتق لاجماعنا على أنه يورث من المعتق ولان الولاء لما كان سببه النسب ثم النسب لا يورث نفسه وان كان يورث به فكذا الولاء وروينا عن النجباء السبعة رضى الله عنهم أنهم قالوا بلفظ واحد الولاء للكبر فالظاهر هو السماع فان لم يكن فقد ظهرت الفتوى بينهم ولم يظهر لهم فيها مخالف فيكون اجماعا ومعنى قولهم الولاء للكبر أى للاقرب وهو أقرب العصبة الى المعتق يقال فلان أكبر قومه اذا كان أقربهم الى الاصل الذى ينسبون اليه وانما شرطنا الذكورة فى هذه العصوبة لان الاصل فى العصبة هم الذكور اذ العصبة عبارة عن الشدة والقوة قال الله تبارك وتعالى خبرا عن بنى يعقوب عليهم الصلاة والسلام اذ قالوا ليوسف وأخوه أحب الى أبينا منا ونحن عصبة أى جماعة أقوياء أشداء قادرون على النفع والدفع وهذا قول عامة العلماء وعن ابراهيم النخعى وشريح ان الولاء يجرى مجرى المال فيورث من المعتق كما يورث سائر أمواله الا أنه انما يرث منه الرجال لا النساء بالنص وهو قول النبى صلى الله عليه وسلم ليس للنساء الا ما أعتقن الخبر وكان شريح يقول من أحرز شيأ فى حياته فهو لورثته بعد موته واحتجا بما روى عن الصحابة رضى الله عنهم انهم قالوا من أحرز المال أحرز الولاء فقد أنزلوه منزلة المال فدل على أن حكمه حكم المال والجواب ان معنى قولهم من أحرز المال أحرز الولاء أى من أحرز المال من عصبة المعتق يوم موت المعتق أحرز الولاء أيضا بدليل ان المرأة تحرز المال ولا تحرز الولاء بالاجماع وبالحديث فعلم ان المراد منع العصبات وبه نقول ولان فى الحمل على ما قلنا عملا بالدلائل بقدر الامكان فهو أولى ثم بيان هذا الاصل فى مسائل فى رجل أعتق عبدا له ثم مات المعتق وترك ابنين ثم مات أحد الابنين وترك ابنا ثم مات العبد المعتق فولاؤه لابن المعتق لصلبه لا لابن ابنه لانه الاكبر اذ هو أقرب عصبات المعتق بنفسها والاصل انه يعتبر كون المستحق عصبة يوم موت المعتق لا يوم موت المعتق ويعتبر له الكبر من حيث القرب لا من حيث السن ألا ترى ان الابن قد يكون أكبر سنا من عمه الذى هو ابن المعتق وهذا على قول عامة العلماء وأما على قول ابراهيم وشريح فالمال بين ابن المعتق وبين ابن ابنه نصفين لانه يجرى مجرى الميراث عندهما فكما مات المعتق فقد ورثاه جميعا فانتقل الولاء اليهما ثم اذا مات أحدهما انتقل نصيبه الى ولده كما فى ميراث المال فان مات الابن الباقى وترك ابنا ثم مات المعتق فالولاء بين ابن هذا الميت وبين ابن الميت الاول نصفين بلا خلاف أما على قول عامة العلماء فلاستوائهما فى العصوبة وأما على قول ابراهيم النخعى وشريح فلانتقال نصيب كل واحد منهما الى ولده ولو كان الاول حين مات ترك ابنين ثم مات الباقى وترك ابنا واحدا ثم مات المعتق فالولاء بين ابن هذا وابنى الاول يكون اثلاثا عندنا لاستواء الكل فى العصوبة وعندهما الولاء بينهما نصفين النصف لابن هذا والنصف الآخر بين ابنى الاول نصفين لانهما يجعلان لكل ولد واحد حصة أبيه فان مات المعتق وترك ثلاثة بنين فمات البنون وترك أحدهم ابنا واحدا وترك الآخر خمسة بنين وترك الثالث عشرة بنين ثم مات العبد المعتق وترك مالا فماله بين أولاد البنين بالسوية على عدد الرؤس فى قول عامة العلماء لاستوائهم فى العصوبة والقرب من المعتق وعلى قول ابراهيم وشريح المال بينهم أثلاثا ثلث لابن

الابن الواحد والثلث الآخر بين الخمسة بنى الابن والثلث الآخر بين العشرة بنى الابن فتصح فريضتهم من ثلاثين سهما للابن الابن الواحد عشرة وعشرة بين بنى الابن الآخر على خمسة وعشرة بين بنى الابن الآخر وهو الثالث على عشرة ولو أعتق رجل هو وابنه عبدا ثم مات الرجل وترك ابنين أحدهما شريكه فى الاعتاق ثم مات العبد المعتق فنصف الولاء لابنه الذى هو شريك أبيه خاصة لانه شريكه فى الاعتاق والنصف الباقى بينهما نصفان لان ذلك حصة أبيه فيكون بينهما بالسوية فيصير الولاء بينهما على أربعة أسهم ثلاثة أرباعه للابن الذى كان شريك أبيه والربع للآخر فان مات شريك أبيه قبل العبد وترك ابنا ثم مات العبد المعتق فلابن الابن نصف الولاء الذى كان لابيه خاصة والنصف الآخر للابن وحده لانه الكبر من عصبة الاب فكان أحق بنصيبه من الولاء فيصير نصف الولاء للعم ونصفه لابن أخيه فان مات العم وترك ابنين ثم مات العبد المعتق فنصف الولاء لابن شريك أبيه خاصة والنصف الآخر بينه وبين ابنى عمه اثلاثا لكل واحد منهم الثلث فيصير لابن شريك أبيه الثلثان ويصير لابنى عمه الثلث لكل واحد منهما السدس فان مات المعتق وترك ابنا وأبا ثم مات العبد المعتق فالولاء للابن وابن الابن وان سفل لا للاب فى قول أبى حنيفة ومحمد وعامة الفقهاء وعند أبى يوسف سدسا الولاء للاب والباقى للابن وهو قول ابراهيم النخعى وشريح وهذا على أصلهما صحيح لانهما ينزلان الولاء منزلة الميراث والحكم فى الميراث هذا وانما المشكل قول أبى يوسف لانه لا يحل ما يتركه المعتق بعد موته محل الارث بل يجعله لعصبة المعتق بنفسها والاب لا عصوبة له مع الابن بل هو صاحب فريضة كما فى ميراث المال فكان الابن هو العصبة فكان الولاء له فان مات المعتق وترك اباو ثلاثة اخوة متفرقين أخا لاب وأم وأخا لاب وأخا لام ثم مات العبد المعتق فالولاء للاب خاصة لانه العصبة فان مات الاب ثم مات العبد المعتق فالولاء للاخ من الاب والام لانه أقرب العصبات الى المعتق فان مات الاخ من الاب والام وترك ابنا فان الولاء يرجع الى الاخ لاب لانه الكبر فان مات الاخ من الاب وترك ابنا فان الولاء يرجع الى ابن الاخ للاب والام لانه أقرب فان مات ابن الاخ من الاب والام وترك ابنا فان الولاء يرجع الى ابن الاخ من الاب لانه أقرب فان مات ابن الاخ من الاب وترك ابنا فان الولاء يرجع الى ابن ابن الاخ من الاب والام لانه أقرب ولا يرث الاخ من الام ولا أحد من ذوى الارحام شيأ من الولاء على ما بينا فيما تقدم ولو مات المعتق وترك جده أبا أبيه واخاه لابيه وأمه أو لابيه فالولاء للجد لا للاخ فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد الولاء بين الجد والاخ نصفين بناء على انه لا ميراث للاخ مع الجد عنده وعندهما يورثان الاخ مع الجد بالتعصيب فان مات المعتق وترك ابنا وبنتا ثم مات العبد المعتق فالولاء للابن لا للبنت لان الابن هو العصبة بنفسه لا البنت ولقول النبى صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن أو اعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن ولم يوجد ههنا المستثنى فبقى استحقاقها الولاء على اصل النفى وجملة الكلام فيه ان النساء لا يرثن بالولاء الا ما اعتقن أو أعتق من اعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن وأولادهم وأولاد أولادهم وان سفلوا اذا كانوا من امرأة معتقة أو ماجر معتقهن من الولاء اليهن وبيان هذه الجملة امرأة اعتقت عبدا لها ثم مات العبد ولا وارث له فولاؤه للمرأة لقوله صلى الله عليه وسلم خاصة فى النساء ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن وهذا معتقها ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق ومن تعم الذكر والانثى فلو ان معتقها اعتق عبد الله ثم مات العبد الاسفل ولم يترك وارثا فولاؤه لمولاه الذى اعتقه ولا يرث مولاه منه شيأ لانه معتق مولاه وليس بمعتقها حقيقة بل معتق معتقها فكان اثبات الولاء للمعتق حقيقة أولى فان مات العبد الاعلى ولم يترك عصبة ثم مات العبد الاسفل فولاؤه للمرأة المعتقة لانه معتق معتقها فيدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم أو اعتق من اعتقن ولو ترك العبد الاعلى عصبة فماله لعصبته لما ذكرنا ان شرط الارث بالولاء ان لا يكون للمعتق عصبة من النسب وكذلك لو ان المعتق الثانى اعتق ثالثا والثالث اعتق رابعا فميراثهم كلهم اذا ماتوا لها اذا لم يخلف من مات منهم مولى اقرب اليه منها ولا عصبة ولو كاتبت

المرأة عبد الها فادى فعتق ثم مات العبد المكاتب فولاؤه لها لقول النبي صلى الله عليه وسلم أو كاتبن وكذا لو كان العبد المكاتب كاتب عبد اله من أكسابه فادى الاسفل أولا فعتق كان ولاؤه لها لان الاعلى ليس من أهل الولاء لانه عبد مملوك بعد وكذا اذا اديا جميعا معا فعتقا فولاؤهما لها لقوله صلى الله عليه وسلم أو كاتب من كاتبن وكذا اذا دبرت امرأة عبدا لها فماتت ثم مات العبد كان ولاؤهما منها حتى يكون للذكور من عصبتها وكذا اذا ماتت المرأة حتى عتق المدبر بموتها فدبر عبدا له فولاؤه يكون لعصبتها وكذا ولاء أولادها وولاء أولاد أولادهم الذين ولدوا من امرأة معتقة يكون لها لان ولاءهم يثبت لآبائهم و ولاء آبائهم لها كذا ولاء أولادهم امرأة زوجت عبدها بمولاة قوم فولدت ولدا فولاء الولد يكون لمولى أمه ولا يكون للمرأة منه شيء وهذا مما لا يشك فيه لان أبا الولد ليس بمعتق بل هو عبد مملوك ولا يتصور ولاء العتاقة بدون العتق فلو أعتقت المرأة عبدها جر العبد المعتق ولاء الولد الى مولاته حتى لو مات الولد ولا وارث له كان ماله لابيه فان لم يكن له أب فان كان مات فولاؤه للمرأة التي أعتقت اباه هذا تفسير جر موالى النساء الولاء اليهن والله عز وجل أعلم امرأة أعتقت عبدا لها ثم ماتت ثم مات العبد المعتق فولاء معتقها لولدها الذكور ان كانوا من عصبتها وعقله عليهم أيضا بلا خلاف وان كانوا من غير عصبتها فولاء معتقها لولدها الذكور والذين هم من غير عصبتها وعقله على سائر عصبتها دون ولدها فان انقرض ولدها وخلفوا عصبة لهم ليسوا من قوم المرأة المعتقة ولها عصبة كان لعصبتها دون عصبة ابنها لان الولاء للكبر وانه لا يورث وكذلك ماروى عن علي رضي الله عنه انه قال يرجع الولاء الى عصبتها اذا انقطع ولدها الذكور وهو قول عامة العلماء واذا لم يكن لها عصبة من نسب وكان لها موالى اعتقوها فالولاء لمواليها وكان شريح يجعل الولاء بعد بنيها لعصبة البنين دون عصبتها لانه يجعل الولاء ميراثا كالمال و بيان هذه الجملة امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد المعتق فماله لابنها لا لاخيها بلا خلاف فان مات ابنها وترك اخاله واباه فان الولاء للخال دون الاب لان الخال أخ المعتقة وهو عصبتها والاب لا قرابة بينه و بين المعتقة وعلى قول شريح الولاء الذى للاخ ينبغى ان يكون للاب لا للخال لان الاب عصبة الابن وكذلك اذا مات الابن وترك أخا لاب أو عما أو جدا من قبل أبيه أو ترك ابني عم أو ترك موالى أبيه فهذا كله سواء والولاء يرجع الى عصبة الام الاقرب منهم فالاقرب ان كان لها بنو عم يرجع اليهم وان لم يكن وكان لها موالى اعتقوها يرجع الولاء اليهم وفى قول شريح لا يرجع الولاء و يمضى على جهته وعن الشعبي وابن أبي ليلى ان الولاء للذكور من ولدها والعقل عليهم أيضا دون سائر عصبة المعتقة وقالا كما يرثونه كذلك يعقلون عنه لان الخراج بالضمان والصحيح قول العامة لما ان عليا والزبير رضي الله عنهما اختصما الى عمر رضي الله عنه فى ولاء مولى صفية بنت عبد المطلب فقال الزبير هى أمي فانا ارثها ولى ولاؤها وقال علي هى عمتي وأنا عصبتها وأنا أعقل عنها فلي ولاؤها فقضى عمر رضي الله عنه بالولاء للزبير و بالعقل على علي رضي الله عنه والمعنى فيه ان استحقاق الميراث بالعصوبة والابن فى ذلك مقدم على الاخ وابن العم وأما العقل فبالتناصر ألا ترى ان أهل الديوان يتعاقلون بالتناصر ولا ميراث بينهم ولا عصوبة والتناصر لها ولمولاها بقوم أبيها لا بابنها كذلك كان العقل عليهم واعتبار العقل بالميراث غير سديد لان العقل ليس يتبع الميراث لا محالة الا ترى ان الرجل يرثه ولده الذكور والاناث وأخواته ولو جنى جناية لها عقل كان عقلها على عصبته دون ولده وأخواته ولو اعتق أمة له ثم غرقا جميعا ولا يدرى أيهما مات أولا لم يرث المولى منها وكان ميراثه لعصبة المولى ان لم يكن لها وارث واصل المسئلة ان الغرقى والهدمى لا يرث بعضهم بعضا عندنا وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم لان كل أمرين حادثين لا يعرف تاريخهما يجعل كانهما وقعا معا والمسئلة تعرف فى كتاب الفرائض ومنها انه لازم حتى لا يقدر المعتق على ابطاله حتى لو اعتق عبده سائبة بان اعتقه وشرط ان يكون سائبة لا ولاية له عليه كان شرطه باطلا وولاؤه له عند عامة العلماء وقال مالك ولاؤه لجميع المسلمين والصحيح قول العامة لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وكذا لا يملك نقله الى غيره حتى لا يجوز بيعه

وهبته والتصدق به والوصية وهذا قول عامة العلماء وقال بعضهم يملك نقله بالبيع وغيره واحتجوا بما روى ان اسماء رضى الله عنها اعتقت عبدا فوهبت الولاء لابن مسعود رضى الله عنهما ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولان محل هذه التصرفات المال والولاء ليس بمال فلا يجوز بيعه كالنسب واما ماروى عن اسماء رضى الله عنها فيحتمل ان يكون معناه وهبت له مااستحقت بالولاء وهو المال فرواه الراوى ولاء لكونه مستحقا بالولاء أو يحمل على هذا توفيقا بين الدلائل وكذا اذا باع عبدا وشرط على المشترى ان يكون ولاؤه له فالشرط باطل و يكون ولاؤه للمشترى اذا أعتق عبده وشرط أن يكون ولاؤه لجماعة المسلمين لم يصح و يكون ولاؤه له لما روى ان عائشة رضى الله عنها لما اشترت بريرة شرط عليها ان يكون ولاؤها لمواليها فخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال فى خطبته مابال اقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله تعالى كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل وان كان مائة شرط وهل يحتمل الولاء التحول من محل الى محل ينظر فيه ان ثبت بايقاع العتق فيه لا يتحول ابدا لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق الزم الولاء المعتق وان ثبت بحصول العتق لغيره تبعا يتحول اذا قام دليل التحول و بيان هذه الجملة عند تزوج امة لقوم فولدت منه ولدا فأعتقها مولاها وولدها اوكانت حبلى به حين أعتقها او أعتقها فولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر اوكانت معتدة من طلاق أو موت فولدت لتمام سنتين من يوم الموت أو الطلاق وقد اعتق الاب رجل آخر كان ولاء الولد للذى اعتقه مع امه ولا يتحول الى مولى ابيه وان اعتق ابوه بعد ذلك لانه لما اعتقهما فقد ثبت ولاء الولد بايقاع العتق فيه فلا يحتمل التحول وكذا اذا اعتقها وهى حبلى لما قلنا وكذا اذا أعتقها ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاعتاق لانا تيقنا بكونه فى البطن وقت الاعتاق لان الولد لا يولد لاقل من ستة اشهر فيثبت ولاؤه بالاعتاق فلا يتحول ولو جاءت بولد لستة أشهر فصاعدا يتحول ولاؤه الى موالى الاب لانا لم نعلم يقينا انه كان فى البطن وقت اعتاق الام فيجعل كانها حبلت بعد العتق فيكون حرا تبعاً للام و يثبت له الولاء من موالى امه على جهة التبعية و ولاء الولد اذا ثبت لموالى الام على وجه التبعية يتحول الى موالى الاب اذا أعتق الاب لما نذكر ان شاء الله عز وجل واذا كانت الام معتدة من طلاق أو موت فان نسب الولد يثبت الى سنتين لان الوطء كان حراما فيجعل مدة الحمل سنتين ويحكم بكون الولد فى البطن يوم الاعتاق فاذا حكمنا بوجوده يوم الاعتاق يثبت الولاء بالاعتاق فلا يتحول الى غيره واذا كانت المعتقة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها لان الولد يتبع الام فى الرق والحرية فان أعتق ابوه جر ولاء الولد الى مولاه هكذا روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا أعتق ابوه جر الولاء وعن الزبير بن العوام رضى الله عنه أنه أبصر فتية لعساء أعجبه ظرفهم وامهم مولاة لرافع بن خديج رضى الله عنه وأبوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة أو لبعض أشجع فاشترى الزبير اباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا الى وقال رافع بل هم موالى فاختصما الى عثمان رضى الله عنه فى ولاء الولد فقضى بولائهم للزبير يعنى ان الاب جر ولاء ولده الى مولاهم وهو الزبير حين أعتقه الزبير وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ولان الاصل فى الولاء هو الاب لان الولاء لحمة كلحمة النسب والاب هو الاصل فى النسب حتى ينسب الولد الى الاب ولا ينسب الى الام الا عند تعذر النسبة الى الاب وكذا فى اعتبار الولاء وانما يعتبر جانب الام عند تعذر الاعتبار من جانب الاب بان لم يكن من أهل الولاء ولا تعذر ههنا فيعتبر جانبه ولان الارث بالولاء من طريق العصوبة والتعصيب من قبل الاب اقوى فكان أولى ولومات الاب عبدا ولم يعتق كان ولاء ولده لموالى الام ابدا لتعذر اعتبار جانب الاب وأما الجد فهل يجر ولاء الحافد بان كان للاب الذى هو عبد اب عبد وهو جد الصبى فاعتق الجد والاب عبد على حاله قال عامة العلماء لا يجر ولا يكون مسلما باسلام الجد وولاء اولاد ابنه العبد لموالى الام لا لموالى الجد وقال الشعبى يجر و يكون مسلما باسلام الجد وجه قوله ان الجد يقوم مقام الاب فى الولاية فان الاب اذا كان عبدا تتحول الولاية الى الجد فكذا يقوم مقامه فى جر الولاء والاسلام ولنا أن الاب

فاصل بين الابن والجد فلا يكون الابن تابعا له فى الولاء والاسلام ولان الجد لوجر الولاء لكان لا يثبت الولاء لموالى الام رأسا اذ لا شك ان أصله يكون حرا امامن الجد أى لابيه أومن قبله من الاجداد الى آدم صلى الله عليه وسلم فلما ثبت الولاء لموالى الام فى الجملة ثبت ان الجد لا يجر وكذا لا يصير مسلما باسلام الجد لانه لو صار مسلما باسلامه لصار مسلما باسلام جد الجد ولكان الناس كلهم مسلمين باسلام آدم صلى الله عليه وسلم و ينبغى أن لا يجوز استرقاق احد والمعلوم بخلافه فثبت أن القول بجعل الولد تابعا للجد فى الولاء باطل وأما بيان قدره فالولاء يثبت بقدر العتق لان سبب ثبوته العتق والحكم يتقدر بقدر السبب وبيانه فى العبد المشترك بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر او معسر وقد ذكرنا الاختلاف فيه فى كتاب العتاق بناء على تجزى العتق وعدم تجزيه والله أعلم وأما بيان حكم الولاء فله احكام منها الميراث وهو أن يرث المعتق مال المعتق لما ذكرنا من الادلة و يرث مال أولاده عند وجود شرط الارث وهو ما ذكرنا ومنها تحمل العقل للتقصير فى النصرة والحفظ ومنها ولاية الانكاح لانه آخر العصبات ثم اذا ورث المعتق مال المعتق فان كان العتق معلوما يدفع اليه وان لم يعلم توقف الولاء كما اذا اشترى رجل عبداً ثم ان المشترى أقر ان البائع كان قد اعتقه قبل أن يبيعه فهو حر و ولاؤه موقوف اذا جحد البائع ذلك فان صدقه بعد ذلك لزمه الولاء وعليه أن يرد الثمن على المشترى وكذا أن صدقه ورثته بعد موته أما حرية العبد فان اعتاق البائع ان لم يثبت فى حق البائع باقرار المشترى لتكذيب البائع اياه فقد ثبت فى حقه لانه فى اقراره على نفسه مصدق ان لم يصدق على غيره فيثبت اعتاق البائع حقه فيثبت حرية العبد فى حقه لكن ليس له أن يرجع بالثمن على البائع لان اقراره بالاعتاق لم ينفذ فى حقه لتكذيبه اياه فلم يثبت عتق العبد فى حقه وأما كون الولاء موقوفا فلانه لا يمكن اثباته للمشترى لانه لم يوجد منه الاقرار باعتاق العبد عن نفسه ولا يمكن اثباته للبائع لان اقرار المشترى لم ينفذ عليه فلم يكن العتق معلوما فبقى ولاء العبد موقوفا على تصديق البائع له وورثته فان صدقه البائع لزمه الولاء لوجود الاعتاق منه باقراره ولزمه رد الثمن الى المشترى لانه تبين أنه باع حراً وكذا اذا مات البائع فصدقه ورثة المشترى لان ورثته قاموا مقام الميت فصار تصديقهم كتصديق الميت هذا اذا أقر المشترى باعتاق البائع فانه أقر بتدبيره وانكر البائع فمات البائع عتق العبد لان اقرار المشترى بالتدبير من البائع اقرار منه باعتاقه العبد بعد موته فاذا مات فهذا اقراره فى حقه ان لم ينفذ فى حق البائع لما قلنا فيحكم بحرية العبد على المشترى وولاؤه يكون موقوفاً لما قلنا الا اذا صدقه ورثة البائع بعد موته فيلزم الولاء البائع استحسانا والقياس ان لا يلزمه فى هذا وفى الوجه الاول أيضا وجه القياس أن ولاء الميت لم يثبت فالورثة بالتصديق يريدون اثبات ولاء لم يثبت فلا يملكون ذلك كما لا يملكون اثبات النسب ووجه الاستحسان ان تصديقهم اقرار منهم بما يملكون انشاء سببه فى الحال لانهم يملكون اعتاق العبد للحال فكان اقرارا على أنفسهم بثبوت الولاء لهم فى الحقيقة فيصح اقرارهم فى حق أنفسهم بثبوت الولاء وكذلك امة بين رجلين شهد كل واحد منهما أنها أم ولد من صاحبه وصاحبه ينكر فاذا مات أحدهما عتقت الجارية وولاؤها موقوف أما العتق فلان كل واحد منهما اقر على صاحبه بعتقها عند موت صاحبه فيصح اقرار كل واحد منهما فى حق نفسه و يكون ولاؤها موقوفا لان كل واحد منهما نفى الولاء عن نفسه والحقه بصاحبه فانتفى عن نفسه ولم يلحق بصاحبه فبقى موقوفا وكذلك عبد بين رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه انك قد اعتقت هذا العبد وجحد الآخر فالعبد حر وولاؤه موقوف حتى لو مات وترك مالا لم يرثه واحد منهما ويوقف فى بيت المال الى ان يصدق أحدهما صاحبه لما قلنا وعلى هذا مسائل ثم كل ولاء موقوف فميراثه يوقف فى بيت المال وجناية العبد على نفسه لا يعقل عنه بيت المال وانما يوقف ميراثه ببيت المال لان ولاءه موقوف لا يعرف لمن هو فكان ميراثه موقوفا أيضا لانه يثبت به فيوقف فى بيت المال كاللقطة وأما جنايته فانما لا تتحمل عنه ببيت المال لان له عاقلة غير بيت المال وهو نفسه فلا يجوز حمل عقله على بيت المال و يصير هو عاقلة نفسه فى هذه الحالة لجهالة مولاه بخلاف

الميراث فانه لا يمكن اثباته لغير مستحقه ولا يستحق الا أحدهما وهو غير معلوم فيوضع فى بيت المال ضرورة وهذا بخلاف اللقيط انه يرثه بيت المال و يعقل عنه أيضا لان ههنا ولاؤه كان ثابتا من انسان الا انه لا يعرف وانما يجعل العقل على بيت المال اذا لم يكن له ولاء ثابت الا ان ميراثه يوضع فى بيت المال لانه مال ضائع ولا يثبت ولاء اللقيط من أحد فكان عقله على بيت المال كما ان ميراثه لبيت المال والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يظهر به الولاء فالولاء يظهر بالبينة مرة و بالاقرار أخرى أما البينة فنحو ان يدعى رجل انه وارثه بولاء العتاقة فيشهد له شاهدان ان هذا الحى أعتق هذا الحى أو أعتق هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه ولا يعلمون له وارثا غيره جازت الشهادة لانهم شهدوا شهادة مفسرة لا جهالة فيها فقبلت ولو شهدا ان الميت مولاه وانه وارثه لا وارث له غيره لم تجز الشهادة حتى يفسر الولاء لان الولاء يختلف قد يكون ولاء عتاقة وقد يكون ولاء موالاة وأحكامها تختلف فما لم يفسر كان مجهولا فلا يقبل الشهادة عليه وكذلك لو شهدوا ان الميت مولاه مولى العتاقة أيضا لم يجز لان مولى العتاقة نوعان أعلى وأسفل واسم المولى يستعمل فى كل واحد منهما على السواء فلا تقبل الشهادة الا بالبيان والتفسير ولو ادعى رجلان ولاء ه بالعتق وأقام كل واحد منهما بينة جعل ميراثه بينهما لانهما استويا فى سبب الاستحقاق وهو الدعوى والحجة فيستويان فى الاستحقاق ولو وقتا ووقتا فالسابق وقتا أولى لانه أثبت العتق فى وقت لا ينازعه فيه صاحبه وكان الثانى مستحقا عليه ولو كان هذا فى ولاء الموالاة كان صاحب الوقت الآخر أولى لان ولاء الموالاة يحتمل النقض والفسخ فكان عقد الثانى نقضا للاول الا ان يشهد شهود صاحب الوقت الاول أنه كان قد عقل عنه لانه حينئذ لا يحتمل النقض فاشبه ولاء العتاقة وان أقام رجل البينة انه أعتقه وهو يملكه لا يعلمون له وارثا سواه فقضى له القاضى بميراثه وولائه ثم أقام آخر البينة على مثل ذلك لم يقبل الا ان يشهدوا انه اشترى من الاول قبل ان يعتقه ثم أعتقه وهو يملكه فيبطل قضاء الاول لان الاصل أن القاضى اذا قضى بقضية فانه لا يسمع ما ينافيها الا اذا تبين ان القضاء الاول كان باطلا واذا لم يشهدوا انه اشتراه من الاول قبل ان يعتقه ثم يتبين بطلان القضاء الاول فلا تقبل البينة من الثانى الا اذا قامت على الشراء من الاول قبل ان يعتقه فيقبل و يقضى للثانى و يبطل قضاؤه للاول لانه تبين بهذه الشهادة ان الاول أعتق ما لا يملك فتبين انه وقع باطلا وصح الثانى وأما الاقرار فنحو ان يقر رجل انه مولى لفلان مولى عتاقة من فوق أو تحت وصدقه الآخر وهو مولاه يرثه و يعقل عنه قومه لان الولاء سبب يتوارث به فيصح الاقرار به كالنسب والنكاح فان كان له أولاد كبار فانكروا ذلك وقالوا أبونا مولى العتاقة لفلان آخر فالاب مصدق على نفسه وأولاده مصدقون على أنفسهم لانه لا ولاية للاب على الاولاد الكبار فلا ينفذ اقراره عليهم و يصح اقرارهم على أنفسهم لان لهم ولاية على أنفسهم وان كان الاولاد صغارا كان الاب مصدقا لانه له ولاية على أولاده الصغار ألا ترى انه لو عقد مع انسان عقد الولاء تبعه أولاده الصغار وان كذبته الام ونفت ولاءه لم يلتفت الى قولها و يؤخذ بقول الاب لان الاب اذا كان حيا كانت الولاية له والولاء يشبه النسب والنسب الى الآباء وكذلك ان قالت هم ولدى من غيرك لم تصدق لانهم فى يد الاب دون الام فلا تصدق الام أنهم لغيره فان قالت ولدته بعد عتقى بخمسة اشهر فهو مولى الموالى وقال الزوج ولدتيه بعد عتقك بستة أشهر فالقول قول الزوج لان الولد ظهر فى حال يكون ولاؤه لمولى الاب والمرأة تدعى انها ولدت فى حال يكون ولاؤه لمولى الام فكان الحال شاهدا للزوج فلا يقبل قولها الا ببينة ونظيره هذا الزوج والمرأة اذا اختلفا فقال أحدهما كان النكاح قبل ستة أشهر والولد من الزوج وقال الآخر كان النكاح منذ أربعة أشهر فالقول قول الذى يدعى ان النكاح قبل ستة أشهر لان الولد ظهر فى حال اثبات النسب من الزوج وهو حال قيام النكاح و يصح الاقرار بولاء العتاقة فى الصحة والمرض لانه سبب التوارث فيستوى فيه الصحة والمرض كالنسب والنكاح. ولو قال أعتقنى فلان أو فلان وادعاه كل واحد منهما على صاحبه فهذا الاقرار باطل لانه اقرار بمجهول فان أقر بعد ذلك لاحدهما أو لغيره انه مولاه

جاز لان اقراره الاول وقع باطلا لجهالة المقر له والولاء لا يثبت من المجهول كالنسب فبطل والتحق بالعدم فبعد ذلك له ان يقر لمن شاء والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما ولاء الموالاة فالكلام فيه في مواضع في بيان ثبوته شرعا وفي بيان سبب الثبوت وفي بيان شرائط الثبوت وفي بيان صفة السبب وفي بيان حكمه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان ما يظهر به أما الاول فقد اختلف في ثبوت هذا الولاء قال أصحابنا انه ثابت ويقع به التوارث وهو قول عمر وعلي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وهو قول ابراهيم النخعي وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه انه يورث به ويوضع في بيت المال وبه أخذ مالك والشافعي وجه قولهما ان في عقد الولاء ابطال حق جماعة المسلمين لانه اذا لم يكن للعاقد وارث كان ورثته جماعة المسلمين ألا ترى انهم يعقلون عنه فقاموا مقام الورثة المعينين وكما لا يقدر على ابطال حقهم لا يقدر على ابطال حق من قام مقامهم ولهذا قالا اذا أوصى بجميع ماله لانسان ولا وارث له لم يصح لانه اذا لم يكن له وارث معين كان وارثه جماعة المسلمين فلا يملك ابطال حقهم كذا هذا والصحيح قولنا بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب الكريم فقوله عز وجل والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والمراد من النصيب الميراث لانه سبحانه وتعالى أضاف النصيب اليهم فيدل على قيام حق لهم مقدر في التركة وهو الميراث لان هذا معطوف على قوله ولكل جعلنا موالي مما ترك الوالدان والاقربون لكن عند عدم ذوي الارحام عرفناه بقوله عز وجل وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله وأما السنة فما روي عن تميم الداري رضي الله عنه انه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عمن أسلم على يدي رجل ووالاه فقال صلى الله عليه وسلم هو أحق الناس به محياه ومماته أي حال حياته وحال موته أراد به صلى الله عليه وسلم محياه في العقل ومماته في الميراث وأما المعقول فهو ان بيت المال انما يرث بولاء الايمان فقط لانه بيت مال المؤمنين قال الله عز وجل والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض وللمولى هذا الولاء وولاء المعاقدة فكان أولى من عامة المؤمنين ألا ترى ان مولى العتاقة أولى من بيت المال للتساوي في ولاء الايمان والترجيح لولاء العتق كذا هذا الا أن مولى الموالاة يتأخر عن سائر الاقارب ومولى العتاقة يتقدم على ذوي الارحام لان الولاء بالرحم فوق الولاء بالعقد فيتخلف عن ذوي الارحام وولاء العتاقة بما تقدم من النعمة بالاعتاق الذي هو احياء وايلاد معنى الحق بالتعصيب من حيث المعنى ولذلك قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وأما قولهما ان جماعة المسلمين ورثته فلا يقدر على ابطال حقهم بالعقد فنقول انما يصيرون ورثته اذا مات قبل المعاقدة فاما بعد المعاقدة فلا والدليل على بطلان هذا الكلام انه تصح وصيته بالثلث ولو كان كذلك لما صحت لكونها وصية للوارث وأما سبب ثبوته فالعقد وهو الايجاب والقبول وهو ان يقول الذي أسلم على يد انسان له أو لغيره أنت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فيقول قبلت سواء قال ذلك للذي أسلم على يديه أو لآخر بعد ان ذكر الارث والعقل في العقد ولو أسلم على يد رجل ولم يواله ووالى غيره فهو مولى للذي والاه عند عامة العلماء وعند عطاء هو مولى للذي أسلم على يده والصحيح قول العامة لقوله عز وجل والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم جعل الولاء للعاقد وكذا لم ينقل ان الصحابة أثبتوا الولاء بنفس الاسلام وكل الناس كانوا يسلمون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين وكان لا يقول أحد لمن أسلم على يد أحد انه ليس له أن يوالي غير الذي أسلم على يده فثبت أن نفس الاسلام على يد رجل ليس سببا لثبوت الولاء له بل السبب هو العقد فما لم يوجد لا يثبت الارث والعقل وأما شرائط العقد فمنها عقل العاقد اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل وأما البلوغ فهو شرط الانعقاد في جانب الايجاب فلا ينعقد الايجاب من الصبي وان كان عاقلا حتى لو أسلم الصبي العاقل على يد رجل ووالاه لم يجز وان أذن أبوه الكافر بذلك لان هذا عقد وعقود الصبي العاقل انما يقف على اذن وليه ولا ولاية للاب الكافر على ولده المسلم فكان اذنه والعدم بمنزلة واحدة ولهذا لا تجوز سائر عقوده باذنه كالبيع ونحوه كذا عقد الموالاة وأما من جانب

القبول

القبول فهو شرط النفاذ حتى لو والى بالغ صبيا فقبل الصبي ينعقد موقوفا على اجازة أبيه أووصيه فان أجاز جاز لان
هذا نوع عقد فكان قبول الصبي فيه بمنزلة قبوله في سائر العقود فيجوز باذن وليه ووصيه كسائر العقود وللاب
والوصي أن يقبلا عنه كما في البيع ونحوه وكذلك لو والى رجل عبدا فقبل العبد وقف على اجازة المولى فاذا أجاز
جاز الا ان في العبد اذا أجاز المولى فالولاء من المولى وفي الصبي اذا أجاز الاب والوصي فيكون الولاء من الصبي
وانما كان كذلك لان العبد لا يملك شيأ فوقع قبوله لمولاه ألا ترى انه لو اشترى شيأ كان المشترى لمولاه فاما الصبي
فهو من أهل الملك ألا ترى انه لو اشترى شيأ كان المشترى له ولو والى رجل مكاتبا جاز وكان مولى لمولى المكاتب
لان قبول المكاتب صحيح ألا ترى انه يملك الشراء فجاز قبوله الا ان الولاء يكون للمولى لان المكاتب ليس من أهل
الولاء ألا ترى انه لو كاتب عبدا فادى وعتق كان الولاء للمولى بخلاف الصبي فانه من أهل الولاء ألا يرى ان الاب
لو كاتب عبد ابنه الصغير فادى فعتق ثبت الولاء من الابن وأما الاسلام فليس بشرط لصحة هذا العقد فيصح فتجوز
موالاة الذمي الذمي والذمي المسلم والمسلم الذمي لان الموالاة بمنزلة الوصية بالمال ولو أوصى ذمي لذمي أولمسلم أو
مسلم لذمي بالمال جازت الوصية كذا الموالاة وكذا الذمي اذا والى ذميا ثم أسلم الاسفل جاز لما قلنا وكذا الذكورة
ليست بشرط فتجوز موالاة الرجل امرأة والمرأة رجلا وكذا دار الاسلام حتى لو أسلم حربي فوالى مسلما في دار
الاسلام أو في دار الحرب فهو مولاه لان الموالاة عقد من العقود فلا يختلف بالذكورة والانوثة وبدار الاسلام وبدار
الحرب والله عز وجل أعلم ومنها أن لا يكون للعاقد وارث وهو أن لا يكون له من أقاربه من يرثه فان كان لم يصح العقد
لان القرابة أقوى من العقد ولقوله عز وجل وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله وان كان له زوج
أو زوجة يصح العقد وتعطى نصيبها والباقي للمولى ومنها أن لا يكون من العرب حتى لو والى عربي رجلا من غير قبيلته
لم يكن مولاه ولكن ينسب الى عشيرته وهم يعقلون عنه لان جواز الموالاة للتناصر والعرب يتناصرون بالقبائل وانما
تجوز موالاة العجم لانهم ليس لهم قبيلة فيتناصرون بها فتجوز موالاتهم لاجل التناصر وأما الذي هو من العرب فله
قبيلة ينصرونه والنصرة بالقبيلة أقوى فلا يصير مولى ولهذا لم يثبت عليه ولاء العتاقة وكذا ولاء الموالاة ولانه لما لم
يثبت عليه ولاء العتاقة مع أنه أقوى فولاء الموالاة أولى وكذا لو والت امرأة من العرب رجلا من غير قبيلتها لما بينا
ومنها أن لا يكون من موالي العرب لان مولاهم منهم لقوله صلى الله عليه وسلم وان مولى القوم منهم ومنها أن لا يكون
معتق احد فان كان لا يصح منه عقد الموالاة لان ولاء العتاقة أقوى من ولاء الموالاة لانه لا يلحقه الفسخ وولاء
الموالاة يلحقه الفسخ فلا يجوز رفع الاقوى بالاضعف ومنها أن لا يكون قد عقل عنه بيت المال لانه لما عقل عنه بيت
المال فقد صار ولاؤه لجماعة المسلمين فلا يجوز تحويله الى واحد منهم بعينه فان كان قد عقل عنه لم يجز أبدا لانه سواء
كان عاقد غيره فعقل عنه أو عقل عنه بيت المال حتى لو مات فان ميراثه لمن عاقده أولا فعقل عنه أو لبيت المال لانه لما
عاقد غيره فعقل عنه فقد تأكد عقده ولزم وخرج عن احتمال النقض والفسخ لما نذكر فلا يصح معاقدته غيره وكذا
اذا عقل عن الذي يواليه وان كان عاقد غيره ولم يعقل عنه جاز عقده مع آخر لان مجرد العقد بدون العقل غير لازم فكان
اقدامه على الثاني فسخا للاول وأما صفة العقد فهو أنه عقد جائز غير لازم حتى لو والى رجلا كان له أن يتحول عنه
بولائه الى غيره لانه عقد لا يملك به شيء فلم يكن لازما كالوكالة والشركة لانه بمنزلة الوصية بالمال والوصية غير لازمة
فكذا عقد الموالاة الا اذا عقل عنه لانه اذا عقل عنه فقد تأكد العقل بقضاء القاضي وفي التحول به الى غيره فسخ
قضائه فلا يملك فسخ القضاء وكذا له أن يفسخه صريحا قبل أن يعقل عنه لان كل عقد غير لازم لكل واحد من
العاقدين فسخه كسائر العقود التي هي غير لازمة ولان كل عقد يجوز لاحد العاقدين فسخه يجوز للآخر كسائر العقود
القابلة للفسخ وههنا يجوز لاحد العاقدين فسخه وهو القابل فكذا الآخر الا انه ليس له أن يفسخه الا بحضرة
الآخر أي بعلمه لانه تعلق به حق الآخر فلا يملك اسقاطه مقصورا من غير علمه كعزل الوكيل مقصورا من غير علمه

الاأن يوالى الاسفل آخر فيكون ذلك نقضادلالة وان لم يحضر صاحبه أوانتقاضا ضرورة لانه لا يملك موالاة غيره الا بانفساخ الاول فينفسخ الاول دلالة وضرورة وقد يثبت الشيء دلالة أوضرورة وان كان لا يثبت قصدا كمن وكل رجلا ببيع عبده ثم عزله والوكيل غائب لم يعلم به لم يصح عزله ولو باع العبد أوأعتقه انعزل الوكيل علم أولم يعلم كذا هذا والله الموفق وأما حكم العقد فالعقل فى حال الحياة والارث بعد الموت وهو أن المولى الاعلى يعقل عنه فى حال حياته ويرثه بعد موته فيرث الاعلى من الاسفل عندنا لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم ويرث الاسفل من الاعلى أيضا اذا شرط ذلك فى المعاقدة بخلاف ولاء العتاقة ان هناك يرث الاعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل من الاعلى لان سبب الارث هناك وجد من الاعلى لا من الاسفل وهو العتق والسبب ههنا العقد وقد شرط فيه التوارث من الجانبين فيعتبر ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وكما يثبت حكم الولاء فى الرجال يثبت فى أولادهم الصغار تبعا لهم حتى لو والى انسانا وله أولاد صغار صاروا موالى للذى والاه الاب وكذا اذا والى انسانا ثم ولد له أولاد دخلوا فى ولاء الاب بطريق التبعية ولان للاب ولاية على ولده الصغير فينفذ عقده عليه ولا يصير أولاده الكبار موالى بموالاة الاب لانقطاع التبعية والولاية بالبلوغ حتى لو والى الاب انسانا وله ابن كبير فوالى رجلا آخر فولاؤه له لا لمولى أبيه ولو كبر بعض أولاده الصغار فاراد التحول عنه الى غيره فان كان المولى قد عقل عنه أوعن أبيه أوعن أحد اخوته لم يكن له أن يتحول وان لم يكن عقل عن أحد منهم كان له ذلك أما جواز التحول عند عدم العقل فلانه لو كان كبيرا وقت عقد الاب لجاز له التحول وكذا اذا كبر فى العقد لان المانع من السراية فى الحالين واحد وهو عدم التبعية والولاية وأما عدم الجواز عند العقل فلما ذكرنا من اتصال قضاء القاضى به وفى التحول فسخه وهذا لا يجوز فيلزم ضرورة ولو عاقدت امرأة عقد الولاء ولها أولاد صغار لا يصيرون موالى للذى والته أمهم ولا تشبه الام فى هذا الباب الاب لانه ليس للمرأة ولاية على أولادها الصغار ألا ترى انها لا تشترى لهم ولا تبيع عليهم وللاب أن يفعل ذلك وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى الخلاف فى المسئلة فقال يثبت حكم ولائها فى أولادها الصغار فى قول أبى حنيفة وعندهما لا يثبت ولو والى رجل رجلا ثم ولد من امرأة قد والت رجلا فولاء الولد لمولى الاب لانه اجتمع ولا آن ولاء الاب وولاء الام فترجح جانب الاب لان للاب ولاية عليهم ولا ولاية للام ألا ترى ان للاب أن يعقد على ولده عقد البيع والنكاح وليس للام ذلك فكذا عقد الولاء وكذا لو والت وهى حبلى ولا يشبه هذا ولاء العتاقة لان فى ولاء العتاقة اذا أعتقها وهى حبلى يثبت الولاء بالعتق والعتق يثبت فى الولد كما يثبت فى الام فكان للولد ولاء نفسه لكونه أصلا فى العتق فاما ولاء الموالاة فبالعقد وعقدها لا يجوز على ما فى بطنها فلم يصر الولد أصلا فى الولاء فكان تبعا للاب فى الولاء كما فى المسئلة الاولى وكذلك لو كان لهما أولاد صغار فوالت الام انسانا ثم والى الاب آخر فولاء الاولاد لموالى الاب لما قلنا ذمية أسلمت فوالت رجلا ولها ولد صغير من ذمى لم يكن ولاء ولدها لمولاها فى قول أبى يوسف ومحمد وفى قياس قول أبى حنيفة يكون ولاء ولدها لمولاها بمنزلة العتاقة وجه قولهما ان الام لا ولاية لها على الولد بدليل انه لا يجوز لها ان تعقد على ولدها عقد البيع والنكاح فكذلك عقد الولاء ولابى حنيفة ان الذمى لا ولاية له على ولده المسلم فتعذر اثبات الولاء من الاب والولاء اذا تعذر اثباته من جهة الاب يثبت من جهة الام كما اذا كان الاب عبدا وكما فى ولاء العتاقة اذا كان الاب عبدا ولو قدم حربى الينا بامان فاسلم ووالى رجلا ثم سبى ابنه فاعتق لم يجز ولاء الاب وان سبى أبوه فأعتق جر ولاء ابنه الى مولاه لان الابن يتبع الاب فى الولاء لما ذكرنا فاما الاب فلا يتبع الابن لانه لا ينسب اليه وانما ينسب الابن الى أبيه فان كان ابن الابن أسلم ووالى رجلا لم يجر الجد ولاءه وذكر فى الاصل وقال لان الجد لا يجر الولاء الا ان يجر ولاء ابنه فيجر بجره ولاء ابنه ولاءه وقال الحاكم الشهيد وجه هذه المسئلة ان يكون الاسفل مواليا والاوسط حربيا والجد معتقا فلا يجر ولاء الاسفل الا ان يسلم الاوسط ويوالى فيجر الجد ولاءه وولاء الاسفل بجر ولائه ولو أسلم حربى أو ذمى على يدى

رجل ووالاه ثم اسلم ابنه الكبير على يدى رجل آخر ووالاه كان كل واحد منهما مولى للذى والاه ولا يجر بعضهم الى بعض وليس هذا كالعتاق انه اذا أعتق أبوه جر ولاء الولد الى نفسه لان ههنا ولاء كل واحد منهما ثبت بالعقد وعقد كل واحد منهما يجوز على نفسه ولا يجوز على غيره وهناك ولاء الولد ثبت بالعقد وولاء الاب ثبت بالعتق وولاء العتق أقوى من ولاء الموالاة فيستتبع الاقوى الاضعف وههنا بخلافه لان ولاء كل واحد منهما ليس أقوى من ولاء صاحبه لثبوت كل واحد منهما بالعقد فهو الفرق

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الحكم فهو ان الولاء الثابت بهذا العقد لا يحتمل التمليك بالبيع والهبة والصدقة والوصية لانه ليس بمال فلا يكون محلا للبيع كالنسب وولاء العتاقة ولقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لا يباع ولا يوهب حتى لو باع رجل ولاء موالاة أو عتاقة بعبد وقبضه ثم أعتقه كان اعتاقه باطلا لانه قبضه بغير بدل اذ الولاء ليس بمال فلم يملكه فلم يصح اعتاقه كما لو اشترى عبدا بميتة أو دم أو بحر وقبضه ثم أعتقه ولو باع المولى الاسفل ولاءه من آخر أو وهبه لا يكون بيعا أيضا ولا هبة لما قلنا لكنه يكون نقضا للولاء الاول وموالاة لهذا الثانى لان الولاء لا يعتاض منه فبطل العوض وبقى قوله الولاء لك فيكون موالاة بينه وبين الثانى كما لو سلم الشفعة بمال صح التسليم لكن لا يجب المال

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به فانه يظهر بما ظهر به ولاء العتاقة وهو الشهادة المفسرة أو الاقرار سواء كان الاقرار فى الصحة أو المرض لانه غير متهم فى اقراره اذا لم يكن له وارث معلوم فيصح اقراره كما تصح وصيته بجميع ماله اذا لم يكن له وارث معلوم ولو مات رجل فاخذ رجل ماله وادعى انه وارثه وليس للقاضى أن يمنع منه اذا لم يخاصمه أحد لان القاضى لا يدرى البيت المال أو لغيره وهو يدعى انه له ولا مانع عنه فلا يتعرض له فان خاصمه أحد سأله القاضى البينة لانه لا يد له وكان مدعيا فعليه البينة

﴿ كتاب الاجارة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى سبع مواضع فى بيان جواز الاجارة وفى بيان ركن الاجارة ومعناها وفى بيان شرائط الركن وفى بيان صفة الاجارة وفى بيان حكم الاجارة وفى بيان حكم اختلاف العاقدين فى عقد الاجارة وفى بيان ما ينتهى به عقد الاجارة أما الاول فالاجارة جائزة عند عامة العلماء وقال أبو بكر الاصم انها لا تجوز والقياس ما قاله لان الاجارة بيع المنفعة والمنافع للحال معدومة والمعدوم لا يحتمل البيع فلا يجوز اضافة البيع الى ما يؤخذ فى المستقبل كاضافة البيع الى أعيان تؤخذ فى المستقبل فاذا لا سبيل الى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المآل فلا جواز لها رأسا لكنا استحسنا الجواز بالكتاب العزيز والسنة والاجماع أما الكتاب العزيز فقوله عز وجل خبرا عن أب المرأتين اللتين سقى لهما موسى عليه الصلاة والسلام قال انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج أى على أن تكون أجيرا لى أو على أن تجعل عوضى من انكاحى ابنتى اياك رعى غنمى ثمانى حجج يقال آجره الله تعالى أى عوضه وأثابه وقوله عز وجل خبرا عن تينك المرأتين قالت احداهما يا أبت استأجره ان خير من استأجرت القوى الامين وما قص الله علينا من شرائع من قبلنا من غير نسخ يصير شريعة لنا مبتدأ ويلزمنا على أنه شريعتنا لا على أنه شريعة من قبلنا لما عرف فى أصول الفقه وقوله عز وجل فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله والاجارة ابتغاء الفضل وقوله عز وجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم وقد قيل نزلت الآية فى حج المكارى فانه روى أن رجلا جاء الى ابن عمر رضى الله عنهما فقال انا قوم نكرى ونزعم أن ليس لنا حج فقال ألستم تحرمون وتقفون وترمون فقال نعم فقال رضى الله عنه أنتم حجاج ثم قال سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتنى فلم يجبه حتى أنزل الله عز وجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنتم حجاج وقوله عز وجل فى استئجار الظئر وان أردتم ان تسترضعوا أولادكم فلا

جناح عليكم نفى سبحانه وتعالى الجناح عمن يسترضع ولده والمراد منه الاسترضاع بالاجرة دليله قوله تعالى اذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف قيل أى الاجر الذى قبلتم وقوله فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وهذا نص وهو فى المطلقات وأما السنة فما روى محمد فى الاصل عن أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا ينكح على خطبته ولا تناجشوا ولا تبيعوا بالقاء الحجر ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا منه صلى الله عليه وسلم تعليم شرط جواز الاجارة وهو اعلام الاجر فيدل على الجواز وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه أمر صلى الله عليه وسلم بالمبادرة الى اعطاء أجر الاجير قبل فراغه من العمل من غير فصل فيدل على جواز الاجارة وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل أعطى بى ثم غدر و رجل باع حرا فأكل ثمنه و رجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره وعن عائشة رضى الله عنها أنها قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رضى الله عنه رجلا من بنى الدئل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث فأتاهما فارتحلا وانطلق معهما عامر بن فهيرة والدليل الدئلى فأخذ بهم طريق الساحل وأدنى ما يستدل بفعل النبى صلى الله عليه وسلم الجواز و روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على رافع بن خديج وهو فى حائطه فأعجبه فقال لمن هذا الحائط فقال لى يارسول الله استأجرته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تستأجره بشئ منه خص صلى الله عليه وسلم النهى باستئجاره ببعض الخارج منه ولو لم تكن الاجارة جائزة أصلا لعم النهى اذ النهى عن المنكر واجب وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يؤاجرون و يستأجرون فلم ينكر عليهم فكان ذلك تقريرا منه والتقرير أحد وجوه السنة وأما الاجماع فان الامة أجمعت على ذلك قبل وجود الاصم حيث يعقدون عقد الاجارة من زمن الصحابة رضى الله عنهم الى يومنا هذا من غير نكير فلا يعبأ بخلافه اذ هو خلاف الاجماع وبه تبين ان القياس متروك لان الله تعالى انما شرع العقود لحوائج العباد وحاجتهم الى الاجارة ماسة لان كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها أو أرض مملوكة يزرعها أو دابة مملوكة يركبها وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن ولا بالهبة والاعارة لان نفس كل واحد لا تسمح بذلك فيحتاج الى الاجارة فجوزت بخلاف القياس لحاجة الناس كالسلم ونحوه تحقيقه ان الشرع شرع لكل حاجة عقدا يختص بها فشرع لتمليك العين بعوض عقدا وهو البيع وشرع لتمليكها بغير عوض عقدا وهو الهبة وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقدا وهو الاعارة فلو لم يشرع الاجارة مع امتساس الحاجة اليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلا وهذا خلاف موضوع الشرع

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الاجارة ومعناها اما ركنها فالايجاب والقبول وذلك بلفظ دال عليهما وهو لفظ الاجارة والاستئجار والاكتراء والاكراء فاذا وجد ذلك فقد تم الركن والكلام فى صيغة الايجاب والقبول وصفتهما فى الاجارة كالكلام فيهما فى البيع وقد ذكرنا ذلك فى كتاب البيوع وأما معنى الاجارة فالاجارة بيع المنفعة لغة ولهذا سماها أهل المدينة بيعا وأرادوا به بيع المنفعة ولهذا سمى البدل فى هذا العقد أجرة وسمى الله بدل الرضاع أجرا بقوله فان ارضعن لكم فآتوهن أجورهن والاجرة بدل المنفعة لغة ولهذا سمى المهر فى باب النكاح اجرا بقوله عز جل فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن أى مهورهن لان المهر بدل منفعة البضع وسواء أضيف الى الدور والمنازل والبيوت والحوانيت والحمامات والفساطيط وعبيد الخدمة والدواب والثياب والحلى والاوانى والظروف ونحو ذلك أو الى الصناع من القصار والخياط والصباغ والصائغ والنجار والبناء ونحوهم والاجير قد يكون خاصا وهو الذى يعمل لواحد وهو المسمى باجير الوحد وقد يكون مشتركا وهو الذى يعمل لعامة الناس وهو المسمى بالاجير المشترك وذكر بعض المشايخ ان الاجارة نوعان اجارة على المنافع واجارة على الاعمال وفسر النوعين بما ذكرنا وجعل المعقود عليه فى أحد النوعين المنفعة وفى الآخر العمل وهى فى الحقيقة نوع واحد لانها بيع المنفعة فكان المعقود عليه

المنفعة

المنفعه فى النوعين جميعا الا ان المنفعة تختلف باختلاف محل المنفعة فيختلف استيفاؤها باستيفاء منافع المنازل بالسكنى والاراضى بالزراعة والثياب والحلل وعبيد الخدمة بالخدمة والدواب بالركوب والحمل والاوانى والظروف بالاستعمال والصناع بالعمل من الخياطة والقصارة ونحوهما وقد يقام فيه تسليم النفس مقام الاستيفاء كما فى أجير الوحد حتى لو سلم نفسه فى المدة ولم يعمل يستحق الاجر واذا عرف ان الاجارة بيع المنفعه فنخرج عليه بعض المسائل فنقول لا تجوز اجارة الشجر والكرم للثمر لان الثمر عين والاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولا تجوز اجارة الشاة للبنها أو سمنها أو صوفها أو ولدها لان هذه اعيان فلا تستحق بعقد الاجارة وكذا اجارة الشاة لترضع جديا أو صبيا لما قلنا ولا تجوز اجارة ماء فى نهر أو بئر أو قناة أو عين لان الماء عين فان استأجر القناة والعين والبئر مع الماء لم يجز أيضاً لان المقصود منه الماء وهو عين ولا يجوز استئجار الآجام التى فيها الماء للسمك وغيره من القصب والصيد لان كل ذلك عين فان استأجرها مع الماء فهو أفسد وأخبث لان استئجارها بدون الماء فاسد فكان مع الماء أفسد ولا تجوز اجارة المراعى لان الكلأ عين فلا تحتمل الاجارة ولا تجوز اجارة الدراهم والدنانير ولا تبرهما وكذا تبر النحاس والرصاص ولا استئجار المكيلات والموزونات لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد استهلاك أعيانها والداخل تحت الاجارة المنفعة لا العين حتى لو استأجر الدراهم والدنانير ليعبر بها ميزانا أو حنطة ليعبر بها مكيالا أو زيتا ليعبر به أرطالا أو أمنانا أو وقتا معلوما ذكر فى الاصل انه يجوز لان ذلك نوع انتفاع بها مع بقاء عينها فاشبه استئجار سنجات الميزان وذكر الكرخى انه لا يجوز الفقد شرط آخر وهو كون المنفعة مقصودة والانتفاع بهذه الاشياء من هذه الجهة غير مقصود عادة ولا يجوز استئجار الفحل للضراب لان المقصود منه النسل وذلك بانزال الماء وهو عين وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن عسب الفحل أى كرائه لان العسب فى اللغة وان كان اسما للضراب لكن لا يمكن حمله عليه لان ذلك ليس بمنهى لما فى النهى عنه من قطع النسل فكان المراد منه كراء عسب الفحل الا انه حذف الكراء واقام العسب مقامه كما فى قوله عز وجل واسأل القرية ونحو ذلك ولو استأجر كلبا معلما ليصيد به أو بازيا لم يجز لانه استئجار على العين وهو الصيد وجنس هذه المسائل تخرج على الاصل فان قيل أليس ان استئجار الظئر جائز وانه استئجار على العين وهى اللبن بدليل انها لو أرضعته بلبن شاة لم تستحق الاجرة فالجواب انه روى عن محمد ان العقد يقع على خدمة الصبى واللبن يدخل على طريق التبع فكان ذلك استئجارا على المنفعة أيضاً واستيفاؤها بالقيام بخدمة الصبى من غسله وغسل ثيابه والباسها اياه وطبخ طعامه ونحو ذلك واللبن يدخل فيه تبعاً كالصبغ فى استئجار الصباغ واذا أرضعته بلبن الشاة فلم تأت بما دخل تحت العقد فلا تستحق الاجرة كالصباغ اذا صبغ الثوب لونا آخر غير ما وقع عليه العقد انه لا يستحق الاجر وذا لا يدل على ان المعقود عليه ليس هو المنفعة كذا ههنا ومن مشايخنا من قال ان المعقود عليه هناك العين وهى اللبن مقصوداً والخدمة تبع لان المقصود تربية الصبى ولا يتربى الا باللبن فاجرى اللبن مجرى المنافع ولهذا لا يجوز بيعه وعلى هذا يخرج استئجار الاقطع والاشل للخياطة بنفسه والقصارة والكتابة وكل عمل لا يقوم الا باليدين واستئجار الاخرس لتعليم الشعر والادب والاعمى لنقط المصاحف انه غير جائز لان الاجارة بيع المنفعة والمنفعة لا تحدث عادة الا عند سلامة الآلات والاسباب وكذا استئجار الارض السبخة والنزة للزراعة وهى لا تصلح لها لان منفعة الزراعة لا يتصور حدوثها منها عادة فلا تقع الاجارة ببيع المنفعة فلم تجز وعلى هذا يخرج استئجار المصحف انه لا يجوز لان منفعة المصحف النظر فيه والقراءة منه والنظر فى مصحف الغير والقراءة منه مباح والاجارة بيع المنفعة والمباح لا يكون محلا للبيع كالاعيان المباحة من الحطب والحشيش وكذا استئجار كتب ليقرأ فيها شعرا أو فقها لان منافع الدفاتر النظر فيها والنظر فى دفتر الغير مباح من غير أجر فصار كما لو استأجر ظل حائط خارج داره ليقعد فيه ولو استأجر شيأ من الكتب ليقرأ فقرأ لا أجر عليه لانعدام عقد المعاوضة وعلى هذا أيضاً يخرج اجارة الآجام للسمك والقصب واجارة المراعى

للكلا وسائر الاعيان المباحة انها غير جائزة لما بينا والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع بعضها شرط الانعقاد و بعضها شرط النفاذ و بعضها شرط الصحة و بعضها شرط اللزوم أما شرط الانعقاد فثلاثة أنواع نوع يرجع الى العاقد ونوع يرجع الى نفس العقد ونوع يرجع الى مكان العقد أما الذى يرجع الى العاقد فالعقل وهو ان يكون العاقد عاقلا حتى لا تنعقد الاجارة من المجنون والصبى الذى لا يعقل كما لا ينعقد البيع منهما وأما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد ولا من شرائط النفاذ عندنا حتى ان الصبى العاقل لو أجر ماله أو نفسه فان كان مأذونا ينفذ وان كان محجورا يقف على اجازة الولى عندنا خلافا للشافعى وهى من مسائل المأذون ولو أجر الصبى المحجور نفسه وعمل وسلم من العمل يستحق الاجر و يكون الاجر له أما استحقاق الاجر فلان عدم النفاذ كان نظرا له والنظر بعد الفراغ من العمل سليما فى النفاذ فيستحق الاجرة ولا يهدر سعيه فيتضرر به وكان الولى اذن له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهبة من الغير وأما كون الاجرة المسماة له فلانها بدل منافع وهى حقه وكذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا فينفذ عقد المملوك ان كان مأذونا و يقف على اجازة مولاه ان كان محجورا وعند الشافعى لا يقف بل يبطل واذا سلم من العمل فى اجارة نفسه أو اجارة مال المولى وجب الاجر المسمى لما ذكرنا فى الصبى الا ان الاجر هنا يكون للمولى لان العبد ملك المولى والاجر كسبه وكسب المملوك للمالك ولو هلك الصبى أو العبد فى يد المستأجر فى المدة ضمن لانه صار غاصبا حيث استعملهما من غير اذن المولى ولا يجب الاجر لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان ولو قتل العبد أو الصبى خطأ فعلى عاقلته الدية أو القيمة وعليه الاجر فى ماله لان ايجاب الاجرة ههنا لا يؤدى الى الجمع لاختلاف من عليه الواجب وللمكاتب ان يؤاجر و يستأجر لانه فى مكاسبه كالحر وأما كون العاقد طائعا جادا عامدا فليس بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا لكنه من شرائط الصحة كما فى بيع العين واسلامه ليس بشرط أصلا فتجوز الاجارة والاستئجار من المسلم والذمى والحربى المستأمن لان هذا من عقود المعاوضات فيملكه المسلم والكافر جميعا كالبياعات غير أن الذمى ان استأجر دارا من مسلم فى المصر فأراد أن يتخذها مصلى للعامة و يضرب فيها بالناقوس له ذلك ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعوه من ذلك على طريق الحسبة لما فيه من احداث شعائرهم وفيه تهاون بالمسلمين واستخفاف بهم كما يمنع من احداث ذلك فى دار نفسه فى أمصار المسلمين ولهذا يمنعون من احداث الكنائس فى أمصار المسلمين قال النبى صلى الله عليه وسلم لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة أى لا يجوز اخصاء الانسان ولا احداث الكنيسة فى دار الاسلام فى الامصار ولا يمنع أن يصلى فيها بنفسه من غير جماعة لانه ليس فيه ماذكرناه من المعنى ألا ترى انه لو فعل ذلك فى دار نفسه لا يمنع منه ولو كانت الدار بالسواد ذكر فى الاصل انه لا يمنع من ذلك لكن قيل ان أبا حنيفة انما أجاز ذلك فى زمانه لان أكثر أهل السواد فى زمانه كانوا أهل الذمة من المجوس فكان لا يؤدى ذلك الى الاهانة والاستخفاف بالمسلمين وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر فكان الحكم فيه كالحكم فى المصر وهذا اذا لم يشرط ذلك فى العقد فأما اذا شرط بأن استأجر ذمى دارا من مسلم فى مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة لم تجز الاجارة لانه استئجار على المعصية وكذا لو استأجر ذمى من ذمى ليفعل ذلك لما قلنا ولا بأس باستئجار ظئر كافرة والتى ولدت من فجور لان الكفر والفجور لا يؤثران فى اللبن لان لبنهما لا يضر بالصبى و يكره استئجار الحمقاء لقوله صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يفسد والظاهر ان المراد منه غير الام لان الولادة أبلغ من الرضاع نهى وعلل بالافساد لان حمقها المرض بهاعادة ولبن المريضة يضر بالصبى و يحتمل ان النهى عن ذلك لئلا يتعود الصبى بعادة الحمقى لان الصبى يتعود بعادة ظئره والله أعلم وأما الذى يرجع الى نفس العقد ومكانه فماذكرنا فى كتاب البيوع وأما شرط النفاذ فأنواع منها خلو العاقد عن الردة اذا كان ذكرا فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد ليس بشرط بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عند أبى حنيفة وعندهما نافذة وتصرفات المرتدة نافذة

فى قولهم جميعا وهى من مسائل كتاب السير ومنها الملك والولاية فلا تنفذ اجارة الفضولى لعدم الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفا على اجازة المالك عندنا خلافا للشافعى كالبيع والمسئلة ذكرناها فى كتاب البيوع ثم الاجازة انما تلحق الاجارة الموقوفة بشرائط ذكرناها فى البيوع منها قيام المعقود عليه وعلى هذا يخرج ما اذا أجر الفضولى فأجاز المالك العقد انه لو أجاز قبل استيفاء المنفعة جازت وكانت الاجرة للمالك لان المعقود عليه ما فات ألا ترى انه لو عقد عليه ابتداء بأمره جاز فاذا كان محلا لانشاء العقد عليه كان محلا للاجازة اذ الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وان أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز اجازته وكانت الاجرة للعاقد لان المنافع المعقود عليها قد انعدمت ألا ترى أنها قد خرجت عن احتمال انشاء العقد عليها فلا تلحقها الاجازة وقد قالوا فيمن غصب عبدا فأجره سنة للخدمة وفى رجل آخر غصب غلاما أو دارا فأقام البينة رجل انه له فقال المالك قد أجزت ما أجرت ان مدة الاجارة ان كانت قد انقضت فللغاصب الاجر لما ذكرنا ان المعقود عليه قد انعدم والاجازة لا تلحق المعدوم وان كان فى بعض المدة فالاجر الماضى والباقى لرب الغلام فى قول أبى يوسف وقال محمد أجر ما مضى للغاصب وأجر ما بقى للمالك فأبو يوسف نظر الى المدة فقال اذا بقى بعض المدة لم يبطل العقد فبقى محلا للاجازة ومحمد نظر الى المعقود عليه فقال كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه بحياله كانه عقد عليه عقد مبتدأ بالمنافع فى الزمان الماضى وانعدمت فانعدم شرط لحوق الاجازة العقد فلا تلحقه الاجازة وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف وقد قال محمد فمن غصب أرضا فأجرها للزراعة فأجاز صاحب الارض الاجارة ان أجرة ما مضى للغاصب وأجرة ما بقى للمالك وهو على ما ذكرنا من الاختلاف قال فان أعطاها مزارعة فأجازها صاحب الارض جازت وان كان الزرع قد سنبل ما لم يسمن ولا شئ للغاصب من الزرع لان المزارعة بمنزلة شئ واحد لا يفرد بعضها من بعض فكان اجازة العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد وأما اذا سمن الزرع فقد انقضى عمل المزارعة فلا يلحق العقد الاجازة وأما الاستئجار من الفضولى فهو كشرائه فانه أضاف العقد الى نفسه كان المستأجر له لان العقد وجد نفاذا على العاقد فينفذ عليه وان أضاف العقد الى من استأجر له ينظر ان وقعت الاضافة اليه فى الايجاب والقبول جميعا يتوقف على اجازته وان لو وقعت الاضافة اليه فى أحدهما دون الآخر لا يتوقف بل ينفذ على العاقد لما ذكرنا فى البيوع بخلاف الوكيل بالاستئجار انه يقع استئجاره للموكل وان أضاف العقد الى نفسه والفرق على نحو ما ذكرنا فى كتاب البيوع وعلى هذا تخرج اجارة الوكيل انها نافذة لوجود الولاية بانابة المالك اياه مناب نفسه فينفذ كما لو فعله الموكل بنفسه وله أن يؤاجر من ابن الموكل وأبيه لان للموكل ذلك لاختلاف ملكهما كذا للوكيل وله أن يؤاجر من مكاتبه لان للمولى أن يؤاجر منه لانه لا يملك ما فى يده فكذا لوكيله وأما العبد المأذون فان لم يكن عليه دين فلا يملك أن يؤاجر منه لان المولى لا يجوز له ذلك لان كسبه ملكه فكذا الوكيل وان كان عليه دين فله ذلك أما عند أبى حنيفة فلان المولى لا يملك ما فى يده وكان بمنزلة المكاتب فيجوز لوكيله أن يؤاجر منه وأما على قولهما فكسبه وان كان ملك المولى لكن تعلق به حق الغير فجعل المالك كالاجنبى ولا يجوز له أن يؤاجر من أبيه وابنه وكل من لا تقبل شهادته له فى قول أبى حنيفة وعندهما تجوز بأجر مثله كما فى بيع العين وهو من مسائل كتاب الوكالة وله أن يؤاجر بمثل أجر الدار وبأقل عند أبى حنيفة وعندهما ليس له أن يؤاجر بالاقل وهو على الاختلاف فى البيع ولو آجر اجارة فاسدة نفذت ولان مطلق العقد يتناول الصحيح والفاسد كما فى البيع ولا ضمان عليه لانه لم يصر مخالفا وعلى المستأجر أجر المثل اذا انتفع لانه استوفى المنافع بالعقد الفاسد ولو لم يؤاجر الموكل الدار لكنه وهبها من رجل أو أعارها اياه فسكنها سنين ثم جاء صاحبها فلا أجر له على الوكيل ولا على الساكن لان المنافع على أصل أصحابنا لا تضمن الا بالعقد الصحيح أو الفاسد ولم يوجد ههنا وكذلك الاجارة من الاب والوصى والقاضى وأمينه نافذة لوجود الانابة من الشرع فللاب أن يؤاجر ابنه الصغير فى عمل من الاعمال لان ولايته على الصغير كولايته على نفسه لان شفقته عليه كشفقته على نفسه وله أن يؤاجر نفسه

فكذا ابنه ولان فيها نظرا للصغير من وجهين أحدهما ان المنافع فى الاصل ليست بمال خصوصا منافع الحر وبالاجارة تصير مالا وجعل ماليس بمال مالا من باب النظر والثانى ان اجارته فى الصنائع من باب التهذيب والتاديب والرياضة وفيه نظر للصبى فيملكه الاب وكذا وصى الاب لانه مرضى الاب والجد أب الاب لقيامه مقام الاب عند عدمه ووصيه لانه مرضيه والقاضى لانه نصب ناظرا وأمينه لانه مرضيه ولا تجوز اجارة غير الاب ووصيه والجد ووصيه من سائر ذوى الرحم المحرم اذا كان له أحد ممن ذكرنا لان من سواهم لا ولاية له على الصغير ألا ترى أنه لا يملك التصرف فى ماله ففى نفسه أولى الا اذا كان فى حجره فتجوز اجارته اياه فى قولهم لانه اذا كان فى حجره كان له عليه ضرب من الولاية لانه يربيه ويؤدبه واستعماله فى الصنائع نوع من التأديب فيملكه من حيث انه تأديب فان كان فى حجر ذى رحم محرم منه فأجره ذو رحم محرم آخر هو أقرب اليه من الذى هو فى حجره بأن كان الصبى فى حجر عمه وله أم فأجرته قال أبو يوسف تجوز اجارتها اياه وقال محمد لا تجوز (وجه) قول محمد ان هؤلاء لا ولاية لهم على الصبى أصلا ومقصودا وانما يملكون الاجارة ضمنا للولاية التربية وانها تثبت لمن كان فى حجره فاذا لم يكن فى حجره كان بمنزلة الاجانب. ولابى يوسف ان ذا الرحم انما يلى عليه هذا النوع من الولاية بسبب الرحم فمن كان أقرب اليه فى الرحم كان أولى كالاب مع الجد وللذى فى حجره ان يقبض الاجرة لان قبض الاجرة من حقوق العقد وهو العاقد فكان ولاية القبض له وليس له أن ينفقها عليه لان الاجرة ماله والانفاق عليه تصرف فى ماله وليس له ولاية التصرف فى المال وكذا اذا وهب له هبة فله ان يقبضها وليس له ان ينفقها لان قبض الهبة منفعة محض للصغير ألا ترى ان الصغير يملك قبضها بنفسه وأما الانفاق فهو من باب الولاية فلا يملكه من لا يملك التصرف فى ماله ولو بلغ الصبى فى هذا كله قبل انقضاء مدة الاجارة فله الخيار ان شاء أمضى الاجارة وان شاء فسخ لان فى استيفاء العقد اضرارا به لانه بعد البلوغ تلحقه الانفة من خدمة الناس والى هذا أشار أبو حنيفة فقال أرأيت لو تفقه فولى القضاء أكنت أتركه يخدم الناس وقد أجره أبوه هذا قبيح ولان المنافع تحدث شيأ فشيأ والعقد ينعقد على حسب حدوث المنافع فاذا بلغ فيصير كان الاب عقد ما يحدث من المنافع بعد البلوغ ابتداء فكان له خيار الفسخ والاجارة كما اذا عقد ابتداء بعد البلوغ وكذا الاب والجد ووصيهما والقاضى ووصيه فى اجارة عبد الصغير وعقاره لان لهم ولاية التصرف فى ماله بالبيع كذا بالاجارة ولو بلغ قبل انتهاء المدة فلا خيار له بخلاف اجارة النفس وقد ذكرنا الفرق بينهما فى كتاب البيوع وليس للاب ومن يملك اجارة مال الصبى ونفسه وماله ان يؤجره بأقل من أجر المثل قدر ما لا يتغابن الناس فى مثله عادة ولو فعل لا ينفذ لانه ضرر فى حقه وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر وليس لغير هؤلاء ممن هو فى حجره ان يؤاجر عبده أو داره لان ذلك تصرف فى المال فلا يملكه الا من يملك التصرف فى المال كبيع المال وقال ابن سماعة عن محمد أستحسن ان يؤاجروا عبده لانهم يملكون اجارة نفسه فاجارة ماله أولى وكذا أستحسن ان ينفقوا عليه مالا بد منه لان فى تأخير ذلك ضررا عليه وكذلك أحد الوصيين يملك ان يؤاجر اليتيم فى قول أبى حنيفة ولا يؤاجر عبده وقال محمد يؤاجر عبده والصحيح قول أبى حنيفة لان لكل واحد من الوصيين التصرف فيما يخاف الضرر بتأخيره وفى ترك اجارة الصبى ضرر منه بترك تأديبه ولا ضرر فى ترك اجارة العبد ولا تجوز اجارة الوصى نفسه منه للصبى وهذا على أصل محمد لا يشكل لان الوصى لا يملك بيع ماله من الصبى أصلا فلا يملك اجارة نفسه منه أما على أصل أبى حنيفة فيحتاج الى الفرق بين البيع والاجارة حيث يملك البيع ولا يملك الاجارة ووجه الفرق انه انما يملك بيع ماله منه اذا كان فيه نظر للصغير ولا نظر للصغير فى اجارة نفسه منه لان فيها جعل ماليس بمال مالا فلم يجز للوصى ان يعمل فى مال الصبى مضاربة والفرق بين الاجارة والمضاربة ان الوصى بعقد المضاربة لا يوجب حقا فى مال المضاربة وانما يوجب حقا فى الربح وانه قد يكون وقد لا يكون فلا يلحقه تهمة بخلاف الاجارة لانها توجب حقا فى مال الصبى لا محالة وهو متهم فيه لما بينا (وأما) استئجار الصغير لنفسه فينبغى ان

يجوز على قول أبي حنيفة اذا كان بأجرة لا يتغابن في مثلها لانه يملك بيع ماله من نفسه اذا كان فيه نظر له وفي استئجاره اياه لنفسه نظر اله لما فيه من جعل ماليس بمال مالا ويجوز للاب ان يؤاجر نفسه للصغير أو يستاجر الصغير لنفسه لان بيع مال الاب من الصغير وشراء ماله لنفسه لا يتقيد بشرط النظر بدليل انه لو باع ماله منه بمثل قيمته أو اشترى مال الصغير لنفسه بمثل قيمته يجوز فكذا الاجارة ومنها تسليم المستأجر في اجارة المنازل ونحوها اذا كان العقد مطلقاً عن شرط التعجيل بان لم يشرط تعجيل الاجرة في العقد ولم يوجد التعجيل أيضاً من غير شرط عندنا خلافا للشافعي بناء على ان الحكم في الاجارة المطلقة لا يثبت بنفس العقد عندنا لان العقد في حق الحكم ينعقد على حسب حدوث المنفعة فكان العقد في حق الحكم مضافا الى حين حدوث المنفعة فيثبت حكمه عند ذلك وعنده تجعل منافع المدة موجودة في الحال تقديرا كانها عين قائمة فيثبت الحكم بنفس العقد كما في بيع العين وهذا أصل نذكره في بيان حكم الاجارة وكيفية انعقادها في حق الحكم ان شاء الله تعالى ونعني بالتسليم التخلية والتمكين من الانتفاع برفع الموانع في اجارة المنازل ونحوها وعبيد الخدمة وأجير الوحد حتى لو انقضت المدة من غير تسليم المستأجر على التفسير الذي ذكرنا لا يستحق شيأ من الاجر لان المستأجر لم يملك من المعقود عليه شيأ فلا يملك هو أيضاً شيأ من الاجر لانه معاوضة مطلقة ولو مضى بعد العقد مدة ثم سلم فلا أجر له فيما مضى لعدم التسليم فيه ولو أجر المنزل فارغا وسلم المفتاح الى المستأجر فلم يفتح الباب حتى مضت المدة لزمه كل الاجر لوجود التسليم وهو التمكين من الانتفاع برفع الموانع في جميع المدة فحدثت المنافع في ملك المستأجر فهلكت على ملكه فلا يسقط عنه الاجر كالبائع اذا سلم المبيع الى المشتري بالتخلية فهلك في يد البائع كان الهلاك على المشتري لانه هلك على ملكه كذا هذا وان لم يسلم المفتاح اليه لكنه أذن له بفتح الباب فقال مر وافتح الباب فان كان يقدر على فتح الباب بالمعالجة لزمه الكراء لوجود التسليم وان لم يقدر لا يلزمه لان التسليم لم يوجد ولو استأجر دارا ليسكنها شهرا أو عبدا يستخدمه شهرا أو دابة ليركبها الى الكوفة فسكن واستخدم في بعض الوقت وركب في بعض المسافة ثم حدث بها مانع يمنع من الانتفاع من غرق أو مرض أو إباق أو غصب أو كان زرعا فقطع شربه أو رحى فانقطع ماؤه لا تلزمه أجرة تلك المدة لان المعقود عليه المنفعة في تلك المدة لانها تحدث شيأ فشيأ فلا تصير منافع المدة مسلمة بتسليم محل المنفعة لانها معدومة والمعدوم لا يحتمل التسليم وانما يسلمها على حسب وجودها شيأ فشيأ فاذا اعترض منع فقد تعذر تسليم المعقود عليه قبل القبض فلا يجب البدل كما لو تعذر تسليم المبيع قبل القبض بالهلاك والله عز وجل أعلم ومنها ان يكون العقد مطلقا عن شرط الخيار فان كان فيه خيار لا ينفذ في مدة الخيار لان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم مادام الخيار قائما لحاجة من له الخيار الى دفع الغبن عن نفسه كما في بيع العين وهذا لان شرط الخيار وان كان شرطاً مخالفا لمقتضى العقد والقياس يأباه لما مر لكن تركنا اعتبار القياس لحاجة الناس ولهذا اجاز في بيع العين كذا في الاجارة والله عز وجل الموفق وأما شرط الصحة فلصحة هذا العقد شرائط بعضها يرجع الى العاقد وبعضها يرجع الى المعقود عليه وبعضها يرجع الى محل المعقود عليه وبعضها يرجع الى ما يقابل المعقود عليه وهو الاجرة وبعضها يرجع الى نفس العقد أعني الركن أما الذي يرجع الى العاقد فرضا المتعاقدين لقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم والاجارة تجارة لان التجارة تبادل المال بالمال والاجارة كذلك ولهذا يملكها المأذون وانه لا يملك ماليس بتجارة فثبت ان الاجارة تجارة فدخلت تحت النص وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه فلا يصح مع الكراهة والهزل والخطأ لان هذه العوارض تنافي الرضا فتمنع صحة الاجارة ولهذا منعت صحة البيع وأما اسلام العاقد فليس بشرط فيصح من المسلم والكافر والحربي المستأمن كما يصح البيع منهم وكذا الحرية فيصح من المملوك المأذون وينفذ من المحجور وينعقد ويتوقف على ما بينا والله عز وجل أعلم وأما الذي يرجع الى المعقود عليه فضروب منها ان يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوما علما يمنع من المنازعة فان

كان مجهولا ينظر ان كانت تلك الجهالة مفضية الى المنازعة تمنع صحة العقد والا فلا لان الجهالة المفضية الى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد فكان العقد عبثا لخلوه عن العاقبة الحميدة واذا لم تكن مفضية الى المنازعة يوجد التسليم والتسلم فيحصل المقصود ثم العلم بالمعقود عليه وهو المنفعة يكون ببيان أشياء منها بيان محل المنفعة حتى لو قال أجرتك احدى هاتين الدارين أو أحد هذين العبدين أو قال استأجرت أحد هذين الصانعين لم يصح العقد لان المعقود عليه مجهول لجهالة محله جهالة مفضية الى المنازعة فتمنع صحة العقد وعلى هذا قال أبو حنيفة اذا باع نصيباله من دار غير مسمى ولا يعرفه المشترى انه لا يجوز لجهالة النصيب وقال أبو يوسف ومحمد يجوز اذا علم به بعد ذلك وان كان عرفه المشترى وقت العقد أو عرفه فى المجلس جاز سواء كان البائع يعرفه أولا يعرفه بعد ان صدق المشترى فيما قال وجواب أبى حنيفة مبنى على أصلين أحدهما أن بيع النصيب لا يجوز عنده وهو قول محمد وعند أبى يوسف جائز والثانى ان اجارة المشاع غير جائزة عنده وان كان المستأجر معلوما من نصف أو ثلث أو غير ذلك فالمجهول أولى وعندهما اجارة المشاع جائزة وانما فرق محمد بين الاجارة والبيع حيث جوز اجارة النصيب ولم يجوز بيع النصيب لان الاجرة لا تجب بنفس العقد على أصل أصحابنا وانما تجب عند استيفاء المعقود عليه وهو المنفعة والنصيب عند الاستيفاء معلوم بخلاف البيع فان البدل فيه يجب بنفس العقد وعند العقد النصيب مجهول وعلى هذا يخرج قول أبى حنيفة ما اذا استأجر من عقار مائة ذراع أو استأجر من أرض جريبا أو جريبين انه لا يجوز كما لا يجوز البيع لان اسم الذراع عنده يقع على القدر الذى يحله الذراع من البقعة المعينة وذلك المحال مجهول وكذا اجارة المشاع لا تجوز عنده وان كان معلوما فالمجهول أولى وعندهما الذراع كالسهم وتجوز اجارة السهم كذا اجارة الذراع وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب البيوع وعلى هذا تخرج اجارة المشاع من غير الشريك عند أبى حنيفة انها لا تجوز لان المعقود عليه مجهول لجهالة محله اذ الشائع اسم لجزء من الجملة غير عين من الثلث والربع ونحوهما وانه غير معلوم فأشبه اجارة عبد من عبدين وعندهما جائز كبيع الشائع وبه أخذ الشافعى وتخرج المسئلة على أصل آخر هو أولى بالتخريج عليه ونذكر الدلائل هناك ان شاء الله تعالى وان استأجر طريقا من دار ليمر فيها وقتا معلوما لم يجز فى قياس قول أبى حنيفة لان البقعة المستأجرة غير معلومة من بقية الدار فكان اجارة المشاع فلا يجوز عنده وعندهما يجوز ولو استأجر ظهر بيت ليبيت عليه شهرا أو ليضع متاعه عليه اختلف المشايخ فيه لاختلاف نسخ الاصل ذكر فى بعضها أنه لا يجوز وفى بعضها انه يجوز وهو الصحيح لان المعقود عليه معلوم وذكر فى الاصل اذا استأجر علو منزل ليبنى عليه لا يجوز فى قياس قول أبى حنيفة لان البناء عليه يختلف فى الخفة والثقل والثقيل منه يضر بالعلو والضرر لا يدخل فى العقد لان الاجير لا يرضى به فكان مستثنى من العقد دلالة ولا ضابط له فصار محل المعقود عليه مجهولا بخلاف ما اذا استأجر أرضا ليبنى عليها انه يجوز لان الارض لا تتأثر لثقل البناء وخفته ويجوز فى قياس قول أبى يوسف ومحمد لان البناء المذكور ينصرف الى المتعارف والجواب ماذكرنا انه ليس لذلك حد معلوم وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر شربا من نهر أو مسيل ماء فى أرض انه لا يجوز لان قدر ما يشغل الماء من النهر والارض غير معلوم ولو استأجر نهرا ليسوق منه الماء الى أرض له فيسقيها لم يجز وذكر فى الاصل اذا استأجر نهرا يابسا يجرى فيه الماء الى أرضه أو رحى لا يجوز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وقال أرأيت لو استأجر ميزابا ليسيل فيه ماء المطر على سطح المؤاجر ألم يكن هذا فاسدا وذكر هشام عن محمد فيمن استأجر موضعا معلوما من أرض مؤقتا بوقت معلوم يسيل فيه ماءه انه يجوز فصار عن محمد روايتان وجه هذه الرواية ان المانع جهالة البقعة وقد زالت الجهالة بالتعيين وجه الرواية المشهورة وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف ان مقدار ما يسيل من الماء فى النهر والمسيل مختلف والكثير منه مضر بالنهر والسطح والمضر منه مستثنى من العقد دلالة وغير المضر غير مضبوط فصار محل المعقود عليه مجهولا ولو استأجر ميزابا ليركبه فى داره كل شهر بشئ مسمى جاز لان الميزاب المركب فى داره لا تختلف منفعته بكثرة ما يسيل فيه وقلته

فكان محل المعقود عليه معلوما ولو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوأ لم يجز لان مقدار ما يصب فيها من الماء مجهول والضرر يختلف فيه بقلته وكثرته فكان محل المعقود عليه مجهولا وعلى هذا يخرج أيضا ما اذا استأجر حائطا ليضع عليه جذوعا أو يبني عليه سترة أو يضع فيه ميزابا انه لا يجوز لان وضع الجذع و بناء السترة يختلف باختلاف الثقل والخفة والثقيل منه يضر بالحائط والضرر مستثنى من العقد دلالة وليس لذلك المضر حد معلوم فيصير محل المعقود عليه مجهولا وكذلك لو استأجر من الحائط موضع كوة ليدخل عليه الضوء أو موضعا من الحائط ليتد فيه وتدا لم يجز لما قلنا فان قيل أليس انه لو استأجر دابة بغير عينها يجوز وان كان المعقود عليه مجهولا لجهالة محله فالجواب ان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لحاجة الناس الى سقوط اعتبارها لان المسافر لو استأجر دابة بعينها فربما تموت الدابة في الطريق فتبطل الاجارة بموتها ولا يمكنه المطالبة بدابة أخرى فيبقى في الطريق فيقضي بغير حمولة فيتضرر به فدعت الضرورة الى الجواز واسقاط اعتبار هذه الجهالة لحالة الناس فلا تكون الجهالة مفضية الى المنازعة كجهالة المدة وقدر الماء الذي يستعمل في الحمام وقال هشام سألت محمدا عن الاطلاء بالنورة بأن قال أطليك بدانق ولا يعلم بما يطليه من غلظه ونحافته قال هو جائز لان مقدار البدن معلوم بالعادة والتفاوت فيه يسير لا يفضي الى المنازعة ولان الناس يتعاملون ذلك من غير نكير فسقط اعتبار هذه الجهالة بتعامل الناس ومنها بيان المدة في اجارة الدور والمنازل والبيوت والحوانيت وفي استئجار الظئر لان المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه فترك بيانه يفضي الى المنازعة وسواء قصرت المدة أو طالت من يوم أو شهر أو سنة أو أكثر من ذلك بعد أن كانت معلومة وهو أظهر أقوال الشافعي و في بعضها انه لا يجوز أكثر من سنة و في بعضها انه لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة والقولان لا معنى لهما لان المانع ان كان هو الجهالة فلا جهالة وان كان عدم الحاجة فالحاجة قد تدعو الى ذلك وسوء عين اليوم أو الشهر أو السنة أو لم يعين و يتعين الزمان الذي يعقب العقد لثبوت حكمه وقال الشافعي لا يصح العقد ما لم يعين الوقت الذي يلي العقد نصا (وجه) قوله ان قوله يوما أو شهرا أو سنة مجهول لانه اسم لوقت منكر وجهالة الوقت توجب جهالة المعقود عليه وليس في نفس العقد ما يوجب تعيين بعض الاوقات دون بعض فيبقى مجهولا فلا بد من التعيين ولنا ان التعيين قد يكون نصا وقد يكون دلالة وقد وجد ههنا دلالة التعيين من وجهين أحدهما ان الانسان انما يعقد عقد الاجارة للحاجة والحاجة عقيب العقد قائمة والثاني ان العاقد يقصد بعقده الصحة ولا صحة لهذا العقد الا بالصرف في الشهر الذي يعقب العقد فيتعين بخلاف ما اذا قال لله علي أن أصوم شهرا أو أعتكف شهرا ان له أن يصوم و يعتكف أي شهر أحب ولا يتعين الشهر الذي يلي النذر لان تعيين الوقت ليس بشرط لصحة النذر فوجب المنذور به في شهر منكر فله أن يعين أي شهر شاء ولو آجر داره شهرا أو شهورا معلومة فان وقع العقد في غرة الشهر يقع على الاهلة بلا خلاف حتى لو نقص الشهر يوما كان عليه كمال الاجرة لان الشهر اسم للهلال وان وقع بعد ما مضى بعض الشهر ففي اجارة الشهر يقع على ثلاثين يوما بالاجماع لتعذر اعتبار الاهلة فتعتبر بالايام وأما في اجارة الشهور فيها روايتان عن أبي حنيفة في رواية اعتبر الشهور كلها بالايام و في رواية اعتبر تكميل هذا الشهر بالايام من الشهر الاخير والباقي بالاهلة وهكذا ذكر في الاصل فقال اذا استأجر سنة أولها هذا اليوم وهذا اليوم لاربعة عشر من الشهر فانه يسكن بقية هذا الشهر وأحد عشر شهرا بالاهلة وستة عشر يوما من الشهر الاخير وهذا غلط وقع من الكاتب والصحيح أن يقال وأربعة عشر يوما لان ستة عشر يوما قد سكن فلم يبق لتمام الشهر بالايام الا أربعة عشر يوما وهكذا ذكر في بعض النسخ وانما يسكن ستة عشر يوما اذا كان سكن أربعة عشر يوما وهو قول أبي يوسف ومحمد ووجهه ما ذكرنا في كتاب الطلاق لان اسم الشهور للاهلة اذ الشهر اسم للهلال لغة الا أنه لا يمكن اعتبار الاهلة في الشهر الاول فاعتبر فيه الايام ويمكن فيما بعده فيعمل بالاصل ولان كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه لانه يتجدد ويحدث شيأ فشيأ فيصير عند تمام الشهر الاول كانه عقد الاجارة ابتداء فيعتبر بالاهلة بخلاف العدة انه يعتبر فيها الايام على احدى

الروايتين لان كل جزء من أجزاء العدة ليس بعدة ولان العدة فيها حق الله تعالى فاعتبر فيها زيادة العدد احتياطا والاجارة حق العبد فلا يدخله الاحتياط وجه الرواية الاخرى ان الشهر الاول يكمل بالايام بلا خلاف وانما يكمل بالايام من الشهر الثانى فاذا كمل بالايام من الشهر الثانى يصير أول الشهر الثانى بالايام فيكمل من الشهر الثالث وهكذا الى آخر الشهور ولو قال أجرتك هذه الدار سنة كل شهر بدرهم جاز بالاجماع لان المدة معلومة والاجرة معلومة فلا يجوز ولا يملك أحدهما الفسخ قبل تمام السنة من غير عذر ولو لم يذكر السنة فقال أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم جاز فى شهر واحد عند أبى حنيفة وهو الشهر الذى يعقب العقد كما فى بيع العين بأن قال بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم انه لا يصح الا فى قفيز واحد عنده لان جملة الشهور مجهولة فأما الشهر الاول فمعلوم وهو الذى يعقب العقد وذكر القدورى ان الصحيح من قول أبى يوسف ومحمد انه لا يجوز أيضا وفرقا بين الاجارة و بيع العين من حيث ان كل شهر لا نهاية له فلا يكون المعقود عليه معلوما بخلاف الصبرة لانه يمكن معرفة الجملة بالكيل وعامة مشايخنا قالوا تجوز هذه الاجارة على قولهما كل شهر بدرهم كما فى بيع الصبرة كل قفيز بدرهم و فى بيع المذروع كل ذراع بدرهم وعند أبى حنيفة لا يجوز البيع فى المذروع فى الكل لا فى ذراع واحد ولا فى الباقى و فى المكيل والموزون يجوز فى واحد ولا يجوز فى الباقى فى الحال الا اذا علم المشترى جملته فى المجلس لان بيع قفيز من صبرة جائز لان الجهالة لا تفضى الى المنازعة لعدم التفاوت بين قفيز وقفيز فأما بيع ذراع من ثوب فلا يجوز لتفاوت فى أجزاء الثوب فيفضى الى المنازعة وقال الشافعى هذه الاجارة فاسدة واعتبرها ببيع كل ثوب من هذه الاثواب بدرهم وهذا الاعتبار غير سديد لان الثياب تختلف فى أنفسها اختلافا فاحشا ولا يمكن تعيين واحد منها الاختلافها فأما الشهور فانها لا تختلف فيتعين واحد منها للاجارة عند أبى حنيفة وهو الشهر الاول لما بينا واذا جاز فى الشهر الاول لا غير عند أبى حنيفة فلكل واحد منهما أن يترك الاجارة عند تمام الشهر الاول فاذا دخل الشهر الثانى و لم يترك أحدهما انعقدت الاجارة فى الشهر الثانى لانه اذا مضى الشهر الاول و لم يترك أحدهما فقد تراضيا على انعقاد العقد فى الشهر الثانى فصارا كانهما جددا العقد وكذا هذا عند مضى كل شهر بخلاف ما اذا أجر شهرا وسكت و لم يقل كل شهر لان هناك لم يسبق منه شئ يبنى عليه العقد فى الشهر الثانى ثم اختلف مشايخنا فى وقت الفسخ وكيفيته قال بعضهم اذا أهل الهلال يقول أحدهما على الفور فسخت الاجارة فاذا قال ذلك لا ينعقد فى الشهر الثانى وان سكتا عنه انعقدت وقال بعضهم يفسخ أحدهما الاجارة فى الحال فاذا جاء رأس الشهر عمل ذلك الفسخ السابق وقال بعضهم يفسخ أحدهما ليلة الهلال أو يومها وان سكتا حتى غربت الشمس من اليوم الاول انعقدت الاجارة فى الشهر الثانى وهذا أصح الاقاويل ومعنى الفسخ ههنا هو منع انعقاد الاجارة فى الشهر الثانى لانه رفع العقد الموجود من الاصل ولو استاجر دلوا او بكرة ليستقى غنمه و لم يذكر المدة لم يجز لان قدر الزمان الذى يستقى فيه الغنم غير معلوم فكان قدر المعقود عليه مجهولا وان بين المدة جاز لانه صار معلوما ببيان المدة والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يستأجر له فى هذا النوع من الاجارة أعنى اجارة المنازل ونحوها فليس بشرط حتى لو استأجر شيأ من ذلك و لم يسم ما يعمل فيه جاز وله أن يسكن فيه نفسه ومع غيره وله أن يسكن فيه غيره بالاجارة والاعارة وله أن يضع فيه متاعا وغيره غير أنه لا يجعل فيه حدادا ولا قصارا ولا طحانا ولا ما يضر بالبناء و يوهنه وانما كان كذلك لان الاجارة شرعت للانتفاع والدور والمنازل والبيوت ونحوها معدة للانتفاع بها بالسكنى ومنافع العقار المعدة للسكنى متقاربة لان الناس لا يتفاوتون فى السكنى فكانت معلومة من غير تسمية وكذا المنفعة لا تتفاوت بكثرة السكان وقلتهم الا تفاوتا يسيرا وانه ملحق بالعدم و وضع المتاع من توابع السكنى وذكر فى الاصل ان له أن يربط فى الدار دابته و بعيره وشاته لان ذلك من توابع السكنى وقيل ان هذا الجواب على عادة أهل الكوفة والجواب فيه يختلف باختلاف العادة فان كان فى موضع جرت العادة بذلك فله ذلك والا فلا وانما لم يكن له أن يقعد فيه من يضر بالبناء و يوهنه من القصار والحداد

والطحان لان ذلك اتلاف العين وانه لم يدخل تحت العقد اذ الاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولان مطلق العقد ينصرف الى المعتاد والظاهر ان الحانوت الذى يكون فى صف البزازين انه لا يؤاجر لعمل الحداد والقصار والطحان فلا ينصرف مطلق العقد اليه اذ المطلق محمول على العادة فلا يدخل غيره فى العقد الا بالتسمية أو بالرضا حتى لو آجر حانوتا فى صف الحدادين من حداد يدخل عمل الحدادة فيه من غير تسمية للعادة وانما كان له أن يؤاجر من غيره ويعير لانه ملك المنفعة فكان له أن يؤاجر من غيره بعوض وبغير عوض وأما فى اجارة الارض فلا بد فيها من بيان ما تستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك فان لم يبين كانت الاجارة فاسدة الا اذا جعل له أن ينتفع بها بما شاء وكذا اذا استأجرها للزراعة فلا بد من بيان ما يزرع فيها أو يجعل له أن يزرع فيها ما شاء والا فلا يجوز العقد لان منافع الارض تختلف باختلاف البناء والغرس والزراعة وكذا المزروع يختلف منه ما يفسد الارض ومنه ما يصلحها فكان المعقود عليه مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فلا بد من البيان بخلاف السكنى فانها لا تختلف وأما فى اجارة الدواب فلا بد فيها من بيان أحد الشيئين المدة أو المكان فان لم يبين أحدهما فسدت لان ترك البيان يفضى الى المنازعة وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر دابة يشيع عليها رجلا أو يتلقاه ان الاجارة فاسدة الا أن يسمى موضعا معلوما لما قلنا وكذا اذا استأجرها الى الجبانة لان الجبانة تختلف أولها وأوسطها وآخرها لانها موضع واسع تتباعد أطرافها وجوانبها بخلاف ما اذا استأجر دابة الى الكوفة انه يصح العقد وان كان أطرافها وجوانبها متباعدة لان المكان هناك معلوم بالعادة وهو منزله الذى بالكوفة لان الانسان اذا استأجر الى بلده فانما يستأجر الى بيته ألا ترى انه ما جرت العادة بين المكارين بطرح الحمولات على أول جزء من البلد فصار منزله بالكوفة مذكورا دلالة والمذكور دلالة كالمذكور نصا ولا عادة فى الجبانة على موضع بعينه حتى يحمل العقد عليه حتى لو كان فى الجبانة موضع لا يركب الا اليه يصح العقد وينصرف اليه كما يصح الى الكوفة ولو تكاراها بدرهم يذهب عليها الى حاجة له لم يجز ما لم يبين المكان لان الحوائج تختلف منها ما ينقضى بالركوب الى موضع ومنها ما لا ينقضى الا بقطع مسافة بعيدة فكانت المنافع مجهولة فتفسد الاجارة وذكر فى الاصل اذا تكارى دابة من الفرات الى جعفى وجعفى قبيلتان بالكوفة ولم يسم أحداهما أو الى الكناسة وفيها كناستان ولم يسم احداهما أو الى بجيلة وبها بجيلتان الظاهرة والباطنة ولم يسم احداهما ان الاجارة فاسدة لان المكان مجهول ولا بد فيها من بيان ما يستأجر له فى الحمل والركوب لانهما منفعتان مختلفتان وبعد بيان ذلك لا بد من بيان ما يحمل عليها ومن يركبها لان الحمل يتفاوت بتفاوت المحمول والناس يتفاوتون فى الركوب فترك البيان يفضى الى المنازعة وذكر فى الاصل اذا استأجر بعيرين من الكوفة الى مكة فحمل على أحدهما محملا فيه رجلان وما يصلح لهما من الوطاء والدثر وقدر أى الرجلين ولم ير الوطاء والدثر وأحدهما زاملة يحمل عليها كذا كذا مختوما من السويق والدقيق وما يصلحهما من الزيت والخل والمعاليق ولم يبين ذلك واشترط عليه ما يكتفى به من الماء ولم يبين ذلك فهذا كله فاسد بالقياس ولكن قال أبو حنيفة أستحسن ذلك وجه القياس انه شرط عملا مجهولا لانه قدر الكسوة والدثار يختلف باختلاف الناس فصارت المنافع مجهولة وجه الاستحسان ان الناس يفعلون ذلك من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فكان ذلك اسقاطا منهم اعتبار هذه الجهالة فلا يفضى الى المنازعة وان اشترط المستأجر أن يحمل عليه من هدايا مكة من صالح ما يحمل الناس فهو جائز لان قدر الهدايا يعلم بالعادة وهذا انما يفعله الناس فى سائر الاعصار من غير نكير وان بين وزن المعاليق ووصف ذلك والهدايا أحب الينا لانه يجوز قياسا واستحسانا وذلك يكون أبعد من الخصومة لذلك قال أحب الينا ولكل محمل قربتين من ماء واداوتين من أعظم ما يكون لان هذا كله يصير معلوما بالعادة وذكره أفضل وكذا الخيمة والقبة وذكره أفضل لما قلنا وفى استئجار العبد للخدمة والثوب للبس والقدر للطبخ لا بد من بيان المدة لما قلنا والقياس أن يشترط بيان نوع الخدمة فى استئجار العبد للخدمة لان الخدمة تختلف فكانت مجهولة وفى الاستحسان لا يشترط وينصرف الى المتعارف وليس له أن

يسافر به فلابد من بيان ما يلبس وما يطبخ فى القدر لان اللبس يختلف باختلاف اللابس والقدر يختلف باختلاف المطبوخ فلابد من البيان ليصير المعقود عليه معلوما فان اختصما حين وقعت الاجارة فى هذه الاشياء قبل أن يزرع أو يبنى أو يغرس أو قبل أن يحمل على الدابة أو يركبها أو قبل أن يلبس الثوب أو يطبخ فى القدر فان القاضى يفسخ الاجارة لان العقد وقع فاسدا ورفع الفساد واجب حقا للشرع فان زرع الارض وحمل الدابة ولبس الثوب وطبخ فى القدر ومضت المدة فله ما سمى استحسانا والقياس أن يكون له أجر المثل لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد واستيفاء المنفعة بعقد فاسد يوجب أجر المثل لا المسمى وجه الاستحسان ان المفسد جهالة المعقود عليه والمعقود عليه قد تعين بالزراعة والحمل واللبس والطبخ فزالت الجهالة فقد استوفى المعقود عليه فى عقد صحيح فيجب كمال المسمى كما لو كان متعينا فى الابتداء ولو فسخ القاضى الاجارة ثم زرع أو حمل أو لبس أو غير ذلك لا يجب شىء لان القاضى لما نقض العقد فقد بطل العقد فصار مستعملا مال الغير من غير عقد فصار غاصبا والمنافع على أصلنا لا تتقوم الا بالعقد الصحيح أو الفاسد ولم يوجد ومنها بيان العمل فى استئجار الصناع والعمال لان جهالة العمل فى الاستئجار على الاعمال جهالة مفضية الى المنازعة فيفسد العقد حتى لو استأجر عاملا ولم يسم له العمل من القصارة والخياطة والرعى ونحو ذلك لم يجز العقد وكذا بيان المعمول فيه فى الاجير المشترك اما بالاشارة والتعيين أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة فى ثوب القصارة والخياطة وبيان الجنس والقدر فى اجارة الراعى من الخيل او الابل أو البقر أو الغنم وعددها لان العمل يختلف باختلاف المعمول وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر حفارا ليحفر له بئرا انه لابد من بيان مكان الحفر وعمق البئر وعرضها لان عمل الحفر يختلف باختلاف عمق المحفور وعرضه ومكان الحفر من الصلابة والرخاوة فيحتاج الى البيان ليصير المعقود عليه معلوما وهل يشترط فيه بيان المدة اما فى استئجار الراعى المشترك فيشترط لان قدر المعقود عليه لا يصير معلوما بدونه وأما فى استئجار القصار المشترك والخياط المشترك فلا يشترط حتى لو دفع الى خياط أو قصار أثوابا معلومة ليخيطها أو ليقصرها جاز من غير بيان المدة لان المعقود عليه يصير معلوما بدونه وأما فى الاجير الخاص فلا يشترط بيان جنس المعمول فيه ونوعه وقدره وصفته وانما يشترط بيان المدة فقط وبيان المدة فى استئجار الظئر شرط جوازه بمنزلة استئجار العبد للخدمة لان المعقود عليه هو الخدمة فما جاز فيه جاز فى الظئر وما لم يجز فيه لم يجز فيها الا ان أبا حنيفة استحسن فى الظئر ان تستأجر بطعامها وكسوتها لما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ولو استأجر انسانا ليبيع له ويشترى ولم يبين المدة لم يجز لجهالة قدر منفعة البيع والشراء ولو بين المدة بان استأجره شهرا ليبيع له ويشترى جاز لان قدر المنفعة صار معلوما ببيان المدة وما روى عن بعض الصحابة رضوان الله عليهم قال كنا نبيع فى أسواق المدينة ونسمى أنفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم وسمانا باحسن الاسماء فقال صلى الله عليه وسلم يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة والسمسار هو الذى يبيع أو يشترى لغيره بالاجرة فهو محمول على ما اذا كانت المدة معلومة وكذا اذا قال بع لى هذا الثوب ولك درهم وبين المدة وان لم يبين فباع واشترى فله أجر مثل عمله لانه استوفى منفعته بعقد فاسد قال الفضل بن غانم سمعت أبا يوسف قال لا باس أن يستأجر القاضى رجلا مشاهرة على أن يضرب الحدود بين يديه وان كان غير مشاهرة فالاجارة فاسدة لانها اذا كانت مشاهرة كان المعقود عليه معلوما ببيان المدة ويستحق الاجرة فيها بتسليم النفس عمل أو لم يعمل واذا لم يذكر الوقت بقى المعقود عليه مجهولا لان قدر الحدود التى يقيمها غير معلوم وكذا محل الاقامة مجهول وذكر محمد فى السير الكبير اذا استأجر الامام رجلا ليقتل المرتدين والاسارى لم يجز عند أصحابنا وان استأجره لقطع اليد جاز ولا فرق بينهما عندى والاجارة جائزة فيهما هكذا ذكر محمد وأراد بقوله أصحابنا ابا يوسف وأبا حنيفة وعلى هذا الخلاف اذا استأجر رجل رجلا لاستيفاء القصاص فى النفس وجه قوله انه استأجره لعمل معلوم وهو القتل ومحله معلوم وهو العنق اذ لا يباح له العدول عنه فيجوز كما لو استأجره لقطع اليد وذبح الشاة ولهما أن محله من العنق ليس بمعلوم

بخلاف

بخلاف القطع فان محله من اليد معلوم وهو المفصل وكذا محل الذبح الحلقوم والودجان وذلك معلوم وقال ابن رستم عن محمد فى رجل قال لرجل اقتل هذا الذئب أو هذا الاسد ولك درهم وهما صيد ليسا للمستأجر فقتله فان له أجر مثله لا أجاوز به درهما لان الاسد والذئب اذا لم يكونا فى يده فيحتاج فى قتلهما الى المعالجة فكان العمل مجهولا وانما وجب عليه أجر المثل لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد و يكون الصيد للمستأجر لان قتل الصيد سبب لتملكه وعمل الاجير يقع للمستأجر فصار كانه قتله بنفسه وعلى هذا يخرج ما اذا قال لرجل استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم أو لتقصر هذا الثوب اليوم أو لتخبز قفيز دقيق اليوم أو قال استأجرتك هذا اليوم لتخيط هذا الثوب أو لتقصر أو لتخبز قدم اليوم أو أخره ان الاجارة فاسدة فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد جائزة وعلى هذا الخلاف اذا استأجر الدابة الى الكوفة أياما مسماة فالاجارة فاسدة عنده وعندهما جائزة وجه قولهما ان المعقود عليه هو العمل لانه هو المقصود والعمل معلوم فاما ذكر المدة فهو للتعجيل فلم تكن المدة معقودا عليها فذكرها لا يمنع جواز العقد واذا وقعت الاجارة على العمل فان فرغ منه قبل تمام المدة أى اليوم فله كمال الاجر وان لم يفرغ منه فى اليوم فعليه أن يعمله فى الغد كما اذا دفع الى خياط ثوبا ليقطعه و يخيطه قميصا على أن يفرغ منه فى يومه هذا أو اكترى من رجل ابلا الى مكة على أن يدخله الى عشرين ليلة كل بعير بعشرة دنانير مثلا ولم يزد على هذا ان الاجارة جائزة ثم ان وفى بالشرط أخذ المسمى وان لم يف به فله أجر مثله لا يزاد على ما شرطه ولابى حنيفة ان المعقود عليه مجهول لانه ذكر أمرين كل واحد منهما يجوز أن يكون معقودا عليه أعنى العمل والمدة أما العمل فظاهر وكذا ذكر المدة بدليل انه لو استأجره يوما للخبازة من غير بيان قدر ما يخبز جاز وكان الجواب باعتبار انه جعل المعقود عليه المنفعة والمنفعة مقدرة بالوقت ولا يمكن الجمع بينهما فى كون كل واحد منهما معقودا عليه لان حكمهما مختلف لان العقد على المدة يقتضى وجوب الاجر من غير عمل لانه يكون أجيرا خاصا والعقد على العمل يقتضى وجوب الاجر بالعمل لانه يصير أجيرا مشتركا فكان المعقود عليه أحدهما وليس أحدهما باولى من الآخر فكان مجهولا وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد بخلاف تلك المسئلة لان قوله على أن يفرغ منه فى يومى هذا ليس جعل الوقت معقودا عليه بل هو بيان صفة العمل بدليل انه لو لم يعمل فى اليوم وعمل فى الغد يستحق أجر المثل ولو قال أجرتك هذه الدار شهرا بخمسة دراهم أو هذه الاخرى شهرا بعشرة دراهم أو كان هذا القول فى حانوتين أو عبدين أو مسافتين مختلفتين بان قال أجرتك هذه الدابة الى واسط بكذا أو الى مكة بكذا فذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة استحسانا وعند زفر والشافعى لا يجوز قياسا وعلى هذا اذا خيره بين ثلاثة أشياء وان ذكر أربعة لم يجز وعلى هذا أنواع الخياطة والصبغ انه ان ذكر ثلاثة جاز عندنا ولا يجوز ما زاد عليها كما فى بيع العين وجه القياس انه أضاف العقد الى أحد المذكورين وهو مجهول فلا يصح ولهذا لم يصح اذا أضيف الى أحد الاشياء الاربعة ولنا أنه خيره بين عقدين معلومين فى محلين متقومين ببدلين معلومين كما لو قال ان رددت الآبق من موضع كذا فلك كذا وان رددته من موضع كذا فلك كذا وكما لو قال ان خيطت هذا الثوب فبدرهم وان خيطت هذا الآخر فبدرهم وعملهما سواء وكما لو قال ان سرت على هذه الدابة الى موضع كذا فبدرهم وان سرت الى موضع كذا فبدرهم والمسافة سواء وأما قولهما ان العقد أضيف الى أحد المذكورين من غير عين فنعم لكن فوض خيار التعيين الى المستأجر ومثل هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة كجهالة قفيز من الصبرة ولهذا جاز البيع فالاجارة أولى لانها أوسع من البيع ألا ترى انها تقبل من الخطر ما لا يقبله البيع ولهذا جوزوا هذه الاجارة من غير شرط الخيار ولم يجوزوا البيع الا بشرط الخيار وكذلك اذا دفع الى خياط ثوبا فقال له ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان او قال لصباغ ان صبغت هذا الثوب بعصفر فلك درهم وان صبغته بزعفران فلك درهمان فذلك جائز لانه خيره بين ايفاء منفعتين معلومتين فلا جهالة ولان الاجر على أصل أصحابنا لا يجب الا بالعمل وحين يأخذ فى أحد العملين تعين ذلك الاجر وهذا عند أصحابنا الثلاثة فاما عند زفر فالاجارة فاسدة لان المعقود عليه مجهول والجواب ما ذكرناه ولو

قال أجرتك هذه الدار شهرا على انك ان قعدت فيها حدادا فاجرها عشرة وان بعت فيها الخز فخمسة فالاجارة جائزة في قول أبي حنيفة الاخير وقال أبو يوسف ومحمد الاجارة فاسدة وجه قولهما ان الاجر لا يجب بالسكنى وانما يجب بالتسليم وهو التخلية وحالة التخلية لا يدرى ما يسكن فكان البدل عنده مجهولا بخلاف الرومي والفارسي لان البدل هناك يجب بابتداء العمل ولا بد وان يبتدئ باحد العملين وعند ذلك يتعين البدل و يصير معلوما عند وجوده ولابي حنيفة انه خير بين منفعتين معلومتين فيجوز كما في خياطة الرومية والفارسية وهذا لان السكنى وعمل الحدادة مختلفتان والعقد على واحد منهما صحيح على الانفراد فكذا على الجمع وقولهما بان الاجر ههنا يجب بالتسليم من غير عمل مسلم لكن العمل يوجد ظاهرا وغالبا لان الانتفاع عند التمكين من الانتفاع هو الغالب فلا يجب الاحتراز عنه على ان بالتخلية وهو التمكن من الانتفاع يجب اقل الاجرين لان الزيادة تجب بزيادة الضرر ولم توجد زيادة الضرر وأقل الاجرين معلوم فلا يؤدى الى الجهالة وهذا جواب امام الهدى الشيخ أبي منصور الماتريدي وعلى هذا الخلاف كل ما كان اجره يجب بالتسليم ولا يعلم الواجب به وقت التسليم فهو باطل عندهما وعند أبي حنيفة العقد جائز وأي التعيين استوفى وجب أجر ذلك كما سمى وان أمسك الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدة فعليه أقل المسميين لما ذكرنا ان الزيادة انما تجب باستيفاء منفعة زائدة ولم يوجد ذلك فلا يجب بالتسليم وهو التخلية الا أقل الاجرين وعلى هذا الخلاف اذا استأجر دابة الى الحيرة على أنه ان حمل عليها شعيرا فبنصف درهم وان حمل عليها حنطة فبدرهم فهو جائز على قول أبي حنيفة الآخر وعلى قولهما لا يجوز وكذلك ان استأجر دابة الى الحيرة بدرهم والى القادسية بدرهمين فهو جائز عنده وعلى قولهما ينبغي ان لا يجوز لما ذكرنا ولو استأجر دابة من بغداد الى القصر بخمسة والى الكوفة بعشرة قال محمد لو كانت المسافة الى القصر النصف من الطريق الى الكوفة فالاجارة جائزة وان كانت أقل أو أكثر فهي فاسدة على أصلهما لان المسافة اذا كانت النصف فحال ما يسير يصير البدل معلوما لانه ان سار الى القصر أو الى الكوفة فالاجرة الى القصر خمسة فاما اذا كانت المسافة الى القصر أقل من النصف أو أكثر فالاجرة حال ما يسير مجهولة لانه ان سار الى القصر فالاجرة خمسة وان سار الى الكوفة فالاجرة الى القصر بحصته من المسافة وجهالة الاجرة عند وجود سبب وجوبها تفسد العقد عندهما فاما على قول أبي حنيفة فالعقد جائز لانه سمى منفعتين معلومتين لانه كل واحدة منهما بدل معلوم ولو أعطى خياطا ثوبا فقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم قال ابو حنيفة الشرط الاول صحيح والثاني فاسد حتى لو خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله على ما نذكر تفسيره وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان باطلان وبه أخذ الشافعي فنتكلم مع زفر والشافعي في اليوم الاول لانهما خالفا أصحابنا الثلاثة فيه والوجه لهما أن المعقود عليه مجهول ولنا انه سمى في اليوم الاول عملا معلوما وبدلا معلوما وفساد الشرط الثاني لا يؤثر في الشرط الاول كمن عقد اجارة صحيحة واجارة فاسدة وأما اليوم الثاني فوجه قول ابي يوسف ومحمد على نحو ما ذكرنا في اليوم الاول انه سمى في اليوم الثاني عملا معلوما و بدلا معلوما كما في الاول فلا معنى لفساد العقد فيه كما لا يفسد في اليوم الاول ولابي حنيفة انه اجتمع في اليوم الثاني بدلان متفاوتان في القدر لان البدل المذكور في اليوم الاول جعل مشروطا في اليوم الثاني بدليل أنه لو لم يذكر لليوم الثاني بدلا آخر وعمل في اليوم الثاني يستحق المسمى في الاول فلو لم يجعل المذكور من البدل في اليوم الاول مشروطا في الثاني لما استحق المسمى واذا اجتمع بدلان في اليوم الثاني صار كأنه قال في اليوم الثاني فلك درهم أو نصف درهم فكان الاجر مجهولا فوجب فساد العقد فاذا خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم هكذا ذكر في الاصل وفي الجامع الصغير وذكر محمد في الاملاء وهو احدى روايتي ابن سماعة في نوادره عن ابي يوسف واحدى روايتي ابن سماعة في نوادره عن محمد وروى ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف عن ابي حنيفة في رواية أخرى أن له في اليوم الثاني اجر مثله لا يزاد على نصف درهم

وذكر

وذكر القدوري ان هذه الرواية هي الصحيحة ووجهها ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يزاد على المسمى والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم لا درهم انما الدرهم مسمى في اليوم الاول وذلك عقد آخر فلا يعتبر فيه وجه رواية الاصل انه اجتمع في الغد تسميتان لان التسمية الاولى عند مجيء الغد قائمة لما ذكرنا فيعمل بهما فتعتبر الاولى لمنع الزيادة والثانية لمنع النقصان فان خاط نصفه في اليوم الاول ونصفه في الغد فله نصف المسمى لاجل خياطته في اليوم الاول وأجر المثل لاجل خياطته في الغد لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم فان خاطه في اليوم الثالث فقد روى ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة أن له أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لان صاحب الثوب لم يرض بتأخيره الى الغد باكثر من النصف فبتأخيره الى اليوم الثالث اولى فان قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا أجر لك ذكر محمد في املائه أنه ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم لان اسقاطه في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الاول ونفي التسمية في اليوم الثاني لا ينفي أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقدا لا تسمية فيه ويجب اجر المثل ولو قال ان خطته أنت فاجرك درهم وان خاطه تلميذك فاجرك نصف درهم فهذا والخياطة الرومية والفارسية سواء ولو استأجر دارا شهرا بعشرة دراهم على أنه ان سكنها يوما ثم خرج فعليه عشرة دراهم فهو فاسد لان المعقود عليه مجهول وهو سكنى شهر او يوم والله عز وجل أعلم ومنها أن يكون مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا لان العقد لا يقع وسيلة الى المعقود بدونه فلا يجوز استئجار الآبق لانه لا يقدر على استيفاء منفعته حقيقة لكونه معجوز التسليم حقيقة ولهذا لم يجز بيعه ولا تجوز اجارة المغصوب من غير الغاصب كما لا يجوز بيعه من غيره لما قلنا وعلى هذا يخرج اجارة المشاع من غير الشريك انها غير جائزة عند أبي حنيفة وزفر وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي انها جائزة وجه قولهم ان الاجارة أحد نوعي البيع فيعتبر بالنوع الآخر وهو بيع العين وانه جائز في المشاع كذا هذا فلو امتنع انما يمتنع لتعذر استيفاء منفعة بسبب الشياع والمشاع مقدور الانتفاع بالمهايأة ولهذا جاز بيعه وكذا يجوز من الشريك أو من الشركاء في صفقة واحدة فكذا من الاجنبي والدليل عليه أن الشيوع الطارئ لا يفسد الاجارة فكذا المقارن لان الطارئ في باب الاجارة مقارن لان المعقود عليه المنفعة وانها تحدث شيئا فشيئا فكان كل جزء يحدث معقودا عليه مبتدأ ولابي حنيفة ان منفعة المشاع غير مقدور الاستيفاء لان استيفاءها بتسليم المشاع والمشاع غير مقدور بنفسه لانه اسم لسهم غير معين وغير المعين لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقة وانما يتصور تسليمه بتسليم الباقي وذلك غير معقود عليه فلا يتصور تسليمه شرعا وأما قولهما انه يمكن استيفاء منفعة المشاع بالتهايئ فنقول لا يمكن على الوجه الذي يقتضيه العقد وهو الانتفاع بالنصف في كل المدة لان التهايؤ بالزمن انتفاع بالكل في نصف المدة وذا ليس بمقتضى العقد والتهايؤ بالمكان انتفاع برفع المستأجر في كل المدة لان نصف هذا النصف له بالملك ونصفه على طريق البدل عما في يد صاحبه وانه ليس بمقتضى العقد أيضا فاذا لا يمكن تسليم المعقود عليه على الوجه الذي يقتضيه العقد أصلا ورأسا فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا ولان تجويز هذا العقد بالمهايأة يؤدي الى الدور لانه لا مهايأة الا بعد ثبوت الملك ولا ملك الا بعد وجود العقد ولا عقد الا بعد وجود شرطه وهو القدرة على التسليم فيتعلق كل واحد بصاحبه فلا يتصور وجوده بخلاف البيع لان كون المبيع مقدور الانتفاع ليس بشرط لجواز البيع فان بيع المهر والجحش والارض السبخة جائز وان لم يكن منتفعا بها ولهذا يدخل الشرب والطريق في الاجارة من غير تسمية ولا يدخلان في البيع الا بالتسمية لان كون المستأجر منتفعا به بنفسه شرط صحة الاجارة ولا يمكن الانتفاع بدون الشرب والطريق بخلاف البيع وأما الاجارة من الشريك فعن أبي حنيفة فيه روايتان ولئن سلمنا على الرواية المشهورة فلان المعقود عليه هناك مقدور الاستيفاء بدون المهايأة لان منفعة كل الدار تحدث على ملك المستأجر لكن بسببين مختلفين بعضها بسبب الملك وبعضها بسبب الاجارة وكذا الشيوع الطارئ فيه روايتان عن ابي حنيفة في رواية تفسد الاجارة كالمقارن

وفى رواية لاتفسد وهى الرواية المشهورة عنه ووجهها أن عدم الشيوع عنده شرط جواز هذا العقد وليس كل مايشترط لابتداء العقد يشترط لبقائه كالخلو عن العدة فان العدة تمنع ابتداء العقد ولا تمنع البقاء كذا هذا وسواء كانت الدار كلها لرجل فأجر نصفها من رجل أو كانت بين اثنين فاجر أحدهما نصيبه من رجل كذا ذكر الكرخى فى جامعه نصا عن أبى حنيفة أن الاجارة لاتجوز فى الوجهين جميعا ذكر أبو طاهر الدباس أن اجارة المشاع انما لاتجوز عند أبى حنيفة اذا أجر الرجل بعض ملكه فاما اذا أجر أحد الشريكين نصيبه فالعقد جائز بلا خلاف لان فى الصورة الأولى تقع المهايأة بين المستأجر و بين المؤاجر فتكون الدار فى يد المستأجر مدة وفى يد المؤاجر مدة ولا يجوز أن يستحق المؤاجر الاجر مع كون الدار فى يده والمهايأة فى الصورة الثانية انما تقع بين المستأجر و بين غير المؤاجر وهذا لا يمنع استحقاق الأجر لجواز أن تكون الدار فى يد غير المستأجر وأجرتها عليه كما لو أعارها ثم أجرها والصحيح ماذكره الكرخى لان ماذكرنا من المانع يعم الوجهين جميعا وسواء كان المستأجر محتملا للقسمة أو لا لان المانع من الجواز لا يوجب الفصل بينهما بخلاف الهبة فان المانع ثمة خص المحتمل للقسمة وهو ماذكرنا فى كتاب الهبة ولو آجر مشاعا يحتمل القسمة فقسم وسلم جاز لان المانع قد زال كما لو باع الجذع فى السقف ثم نزع وسلم وكما لو وهب مشاعا يحتمل القسمة ثم قسم وسلم فان اختصما قبل القسمة فابطل الحاكم الاجارة ثم قسم وسلم بعد ذلك لم يجر العقد لان العقد انفسخ من الاصل بابطال الحاكم فلا يحتمل الجواز الا بالاستئناف و يجوز اجارة الاثنين من واحد لان المنافع تدخل فى يد المستأجر جملة واحدة من غير شيوع و يستوفيها من غير مهايأة ولو مات أحد المؤاجرين حتى انقضت الاجارة فى حصته لاتنقض فى حصة الحى وان صارت مشاعة وهو المسمى بالشيوع الطارئ لما ذكرنا وكذا يجوز رهن الاثنين من واحد وهبة الاثنين من واحد لعدم الشيوع عند القبض وكذا تجوز اجارة الواحد من الاثنين لان المنافع تخرج من ملك الآجر جملة واحدة من غير شياع ثم ثبت الشياع لضرورة تفرق ملكيهما فى المنفعة وانه يوجب قسمة المنفعة بالتهايئ فينعدم الشيوع ولو مات أحد المستأجرين حتى انتقضت الاجارة فى حصته بقيت فى حصة الحى كما كانت و يجوز رهن الواحد من اثنين أيضا لان الرهن شرع وثيقة بالدين فجميع الرهن يكون وثيقة لكل واحد من المرتهنين ألا ترى انه لو قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يأخذ بعض الرهن وأما هبة الواحد من اثنين فانما لاتجوز عند أبى حنيفة لان الملك فى باب الهبة يقع بالقبض والشيوع ثابت عند القبض وانه يمنع من القبض فيمنع من وقوع الملك على ماذكر فى كتاب الهبة وان استأجر أرضا فيها زرع للآجر أو شجر أو قصب أو كرم أو مايمنع من الزراعة لم تجز لانها مشغولة بمال المؤاجر فلا يتحقق تسليمه فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعا فلم تجز كما لو اشترى جذعا فى سقف وكذا لو استأجر ارضا فيها رطبة فالاجارة فاسدة لانه لا يمكن تسليمها الا بضرر وهو قلع الرطبة فلا يجبر على الاضرار بنفسه فلم تكن المنفعة مقدورة الاستيفاء شرعا فلم تجز كما لو اشترى جذعا فى سقف فان قلع رب الارض الرطبة فقال للمستأجر اقبض الارض فقبضها فهو جائز لان المانع قد زال فصار كشراء الجذع فى السقف اذا نزعه البائع وسلمه الى المشترى فان اختصما قبل ذلك فابطل الحاكم الاجارة ثم قلع الرطبة بعد ذلك لم يصح العقد لان العقد قد بطل بابطال الحاكم فلا يحتمل العود فان مضى من مدة الاجارة يوم أو يومان قبل أن يختصما ثم قلع الرطبة فالمستأجر بالخيار ان شاء قبضها على تلك الاجارة وطرح عنه مالم يقبض وان شاء لم يقبض فرقا بين هذا و بين الدار اذا سلمها المؤاجر فى بعض المدة ان المستأجر لا يكون له خيار الترك ووجه الفرق أن المقصود من اجارة الارض الزراعة والزراعة لا تمكن فى جميع الاوقات بل فى بعض الاوقات دون بعض وتختلف بالتقديم والتأخير فالمدة المذكورة فيها يقف بعضها على بعض و يكون الكل كمدة واحدة فاذا مضى بعضها فقد تغير عليه صفة العقد لاختلاف المعقود فكان له الخيار بخلاف اجارة الدار لان المقصود منها السكنى وسكنى كل يوم لا تعلق له بيوم آخر فلا يقف بعض المدة فيها على بعض فلا يوجب خللا فى المقصود من الباقى فلا يثبت الخيار ولو اشترى اطراف رطبة ثم استأجر الارض لتبقية ذلك لم تجز

الاجارة لان أصل الرطبة ملك المؤاجر فكانت الارض مشغولة بملك المؤاجر واستئجار بقعة مشغولة بمال المؤاجر لم تصح لان كونها مشغولة بملكه يمنع التسليم فيمنع استيفاء المعقود عليه كاستئجار أرض فيها زرع المؤاجر ولو اشترى الرطبة باصلها ليقلعها ثم استأجر الارض مدة معلومة لتبقيتها جاز لان الارض ههنا مشغولة بمال المستأجر وذا لا يمنع الاجارة كما لو استاجر ماهو في يده وكذلك اذا اشترى شجرة فيها ثمر ثمرها على أن يقلعها ثم استأجر الارض فبقاها فيها جاز لما قلنا قال محمد وان استعار الارض في ذلك كله فهو جائز لان المالك بالاعارة اباح الانتفاع بملكه فيجوز وعلى هذا يخرج ماذكرنا أيضا من استئجار الفحل للانزاء واستئجار الكلب المعلم والبازى المعلم للاصطياد انه لا يجوز لان المنفعة المطلوبة منه غير مقدورة الاستيفاء اذلا يمكن اجبار الفحل على الضراب والانزال ولا اجبار الكلب والبازى على الصيد فلم تكن المنفعة التى هى معقود عليها مقدورة الاستيفاء فى حق المستأجر فلم تجز وعلى هذا يخرج استئجار الانسان للبيع والشراء انه لا يجوز لان البيع والشراء لا يتم بواحد بل بالبائع والمشترى فلا يقدر الاجير على ايفاء المنفعة بنفسه فلا يقدر المستأجر على الاستيفاء فصار كما لو استاجر رجلا ليحمل خشبة بنفسه وهو لا يقدر على حملها بنفسه ولو ضرب لذلك مدة بأن استأجره شهرا ليبيع له ويشترى جاز لما مر وعلى هذا يخرج الاستئجار على تعليم القرآن والصنائع انه لا يجوز لان الاجير لا يقدر على ايفاء العمل بنفسه فلا يقدر المستأجر على الاستيفاء وان شئت افردت لجنس هذه المسائل شرطا فقلت ومنها ان يكون العمل المستأجر له مقدور الاستيفاء من العامل بنفسه ولا يحتاج فيه الى غيره وخرجت المسائل عليه والاول أقرب الى الصناعة فافهم وعلى هذا يخرج الاستئجار على المعاصى انه لا يصح لانه استئجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعا كاستئجار الانسان للعب واللهو وكاستئجار المغنية والنائحة للغناء والنوح بخلاف الاستئجار لكتابة الغناء والنوح انه جائز لان الممنوع عنه نفس الغناء والنوح لا كتابتهما وكذا لو استأجر رجلا ليقتل له رجلا أو ليسجنه أو ليضربه ظلما وكذا كل اجارة وقعت لمظلمة لانه استئجار لفعل المعصية فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعا فان كان ذلك بحق بان استأجر انسانا لقطع عضو جاز لانه مقدور الاستيفاء لان محله معلوم فيمكنه أن يضع السكين عليه فيقطعه وان استأجره لقصاص فى النفس لم يجز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وتجوز عند محمد هو يقول استيفاء القصاص بطريق مشروع هو حز الرقبة والرقبة معلومة فكان المعقود عليه مقدور الاستيفاء فاشبه الاستئجار لذبح الشاة وقطع اليد وهما يقولان ان القتل بضرب العنق يقع على سبيل التجافى عن المضروب فربما يصيب العنق وربما يعدل عنه الى غيره فان أصاب كان مشروعا وان عدل كان محظورا الا انه يكون مثلة وانها غير مشروعة بخلاف الاستئجار على تشقيق الحطب لانه وان كان ذلك يقع على سبيل التجافى فكله مباح وههنا بخلافه فلم يكن هذا النوع من المنفعة مقدور الاستيفاء وليس كذلك القطع والذبح لان القطع يقع بوضع السكين على موضع معلوم من اليد وهو المفصل وامراره عليه وكذلك الذبح فهو الفرق ولو استأجر ذمى من مسلم بيعة ليصلى فيها لم يجز لانه استئجار لفعل المعصية وكذا لو استأجر ذمى من ذمى لما قلنا ولو استأجر الذمى دارا من مسلم وأراد أن يصلى فيها من غير جماعة أو يتخذها مصلى للعامة فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم ولو استأجر ذمى مسلما ليخدمه ذكر فى الاصل انه يجوز واكره للمسلم خدمة الذمى أما الكراهة فلان الاستخدام استذلال فكان اجارة المسلم نفسه منه اذلالا لنفسه وليس للمسلم ان يذل نفسه خصوصا بخدمة الكافر وأما الجواز فلأنه عقد معاوضة فيجوز كالبيع وقال ابو حنيفة اكره ان يستأجر الرجل امرأة حرة يستخدمها ويخلو بها وكذلك الامة وهو قول أبى يوسف ومحمد أما الخلوة فلان الخلوة بالمرأة الاجنبية معصية وأما الاستخدام فلانه لا يؤمن معه الاطلاع عليها والوقوع فى المعصية ويجوز الاستئجار لنقل الميتات والجيف والنجاسات لان فيه رفع أذيتها عن الناس فلو لم تجز لتضرر بها الناس وقال ابن رستم عن محمد انه قال لا بأس باجرة الكناس

أرأيت لو استأجره ليخرج له حمارا ميتا أما يجوز ذلك ويجوز الاستئجار على نقل الميت الكافر الى المقبرة لانه جيفة فيدفع أذيتها عن الناس كسائر الانجاس وأما الاستئجار على نقله من بلد الى بلد فقد قال محمد ابتلينا بمسئلة ميت مات من المشركين فاستأجروا له من يحمله الى موضع فيدفنه فى غير الموضع الذى مات فيه أراد بذلك اذا استأجروا له من ينقله من بلد الى بلد فقال أبو يوسف لا أجر له وقلت أنا ان كان الحمال الذى حمله يعلم انه جيفة فلا أجر له وان لم يعلم فله الاجر وجه قول محمد ان الاجير اذا علم انه جيفة فقد نقل مالا يجوز له نقله فلا يستحق الاجر واذا لم يعلم فقد غروه بالتسمية والغرور يوجب الضمان ولابى يوسف ان الاصل أن لا يجوز نقل الجيفة وانما رخص فى نقلها للضرورة وهى ضرورة رفع أذيتها ولا ضرورة فى النقل من بلد الى بلد فبقى على أصل الحرمة كنقل الميتة من بلد الى بلد ومن استأجر حمالا يحمل له الخمر فله الاجر فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا أجر له كذا ذكر فى الاصل وذكر فى الجامع الصغير أنه يطيب له الاجر فى قول أبى حنيفة وعندهما يكره لهما أن هذه اجارة على المعصية لان حمل الخمر معصية لكونه اعانة على المعصية وقد قال الله عز وجل ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولهذا لعن الله تعالى عشرة منهم حاملها والمحمول اليه ولابى حنيفة ان نفس الحمل ليس بمعصية بدليل ان حملها للاراقة والتخليل مباح وكذا ليس بسبب للمعصية وهو الشرب لان ذلك يحصل بفعل فاعل مختار وليس الحمل من ضرورات الشرب فكانت سببا محضا فلا حكم له كعصر العنب وقطفه والحديث محمول على الحمل بنية الشرب وبه نقول ان ذلك معصية ويكره أكل أجرته ولا تجوز اجارة الاماء للزنا لانها اجارة على المعصية وقيل فيه نزل قوله تعالى ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء ان أردن تحصنا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن مهر البغى وهو أجر الزانية على الزنا وتجوز الاجارة للحجامة وأخذ الاجرة عليها لان الحجامة أمر مباح وما ورد من النهى عن كسب الحجام فى الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من السحت عسب التيس وكسب الحجام فهو محمول على الكراهة لدناءة الفعل والدليل عليه ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قال ذلك أتاه رجل من الانصار فقال ان لى حجاما وناضحا أفأعلف ناضحى من كسبه قال صلى الله عليه وسلم نعم وروى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام دينارا ولا يجوز استئجار الرجل اباه ليخدمه لانه مأمور بتعظيم أبيه وفى الاستخدام استخفاف به فكان حراما فكان هذا استئجارا على المعصية وسواء كان الاب حرا أو عبدا استأجر ابنه من مولاه ليخدمه لانه لا يجوز استئجار الاب حرا كان أو عبدا وسواء كان الاب مسلما أو ذميا لان تعظيم الاب واجب وان اختلف الدين قال الله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا وهذا فى الابوين الكافرين لانه معطوف على قوله عز وجل وان جاهداك على أن تشرك بى ماليس لك به علم فلا تطعهما وان شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطا وخرجتها عليه فقلت ومنها أن تكون المنفعة مباحة الاستيفاء فان كانت محظورة الاستيفاء لم تجز الاجارة لكن فى هذا شبهة التداخل فى الشروط والصناعة تمنع من ذلك وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر رجلا على العمل فى شىء هو فيه شريكه نحو ما اذا كان بين اثنين طعام فاستأجر أحدهما صاحبه على أن يحمل نصيبه الى مكان معلوم والطعام غير مقسوم فحمل الطعام كله أو استأجر غلام صاحبه او دابة صاحبه على ذلك انه لا تجوز هذه الاجارة عند أصحابنا واذا حمل لا اجر له وعند الشافعى هذه الاجارة جائزة وله الاجر اذا حمل وجه قوله ان الاجر تابع نصف منفعة الحمل الشائعة من شريكه لان الاجارة بيع المنفعة فتصح فى الشائع كبيع العين وهذا لان عمله وهو الحمل وان صادف محلا مشتركا وهو لا يستحق الاجرة بالعمل فى نصيب نفسه فيستحقها بالعمل فى نصيب شريكه ولنا انه أجر مالا يقدر على ايفائه لتعذر تسليم الشائع بنفسه فلم يكن المقدور عليه مقدور الاستيفاء وانما لا يجب الاجر أصلا لانه لا يتصور استيفاء المعقود عليه اذ لا يتصور حمل نصف الطعام تباعا ووجوب أجر المثل يقف على استيفاء المعقود عليه ولم يوجد فلا يجب بخلاف ما اذا استأجر من رجل بيتا له ليضع فيه طعاما مشتركا بينهما أو سفينة أو جوالقا ان الاجارة جائزة لان التسليم ثمة يتحقق بدون الوضع

بدليل

بدليل انه لو سلم السفينة والبيت والجوالق ولم يضع وجب الاجر وههنا لا يتحقق بدون العمل وهو الحمل والمشاع غير مقدور الحمل بنفسه وذكر ابن سماعة عن محمد فى طعام بين رجلين ولاحدهما سفينة وأرادا أن يخرجا الطعام من بلدهما الى بلد آخر فاستأجر أحدهما نصف السفينة من صاحبه أو أرادا أن يطحنا الطعام فاستأجر أحدهما نصف الرحى الذى لشريكه أو استأجر انصاف جوالقه ليحمل عليه الطعام الى مكة فهو جائز وهذا على قول من يجيز اجارة المشاع والاصل فيه أن كل موضع لا يستحق فيه الاجرة الا بالعمل لا تجوز الاجارة فيه على العمل فى الحمل مشتركة وما يستحق فيه الاجرة من غير عمل تجوز الاجارة فيه لوضع العين المشتركة فى المستأجر وفقه هذا الاصل ماذكرنا ان ما لا تجب الاجرة فيه الا بالعمل فلا بد من امكان ايفاء العمل ولا تمكين من العين المشتركة فلا يكون المعقود عليه مقدور التسليم فلا يكون مقدور الاستيفاء فلم تجز الاجارة وما لا يقف وجوب الاجرة فيه على العمل كان المعقود عليه مقدور التسليم والاستيفاء بدونه فتجوز الاجارة وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر رجلا على أن يحمل له طعاما بعينه الى مكان مخصوص بقفيز منه أو استأجر غلامه أو دابته على ذلك انه لا يصح لانه لو صح لبطل من حيث صح لان الاجير يصير شريكا باول جزء من العمل وهو الحمل فكان عمله بعد ذلك فيما هو شريك فيه وذلك لا يجوز لما بينا واذا حمل فله أجر مثله لانه استوفى المنافع بعقد فاسد فيجب أجر المثل ولا يتجاوز به قفيزا لان الواجب فى الاجارة الفاسدة الاقل من المسمى ومن أجر المثل لما نذكر فى بيان حكم الاجارة الفاسدة ان شاء الله تعالى ومنها أن لا يكون العمل المستأجر له فرضا ولا واجبا على الاجير قبل الاجارة فان كان فرضا أو واجبا عليه قبل الاجارة لم تصح الاجارة لان من أتى بعمل يستحق عليه لا يستحق الاجرة كمن قضى دينا عليه ولهذا قلنا ان الثواب على العبادات والقرب والطاعات افضال من الله سبحانه غير مستحق عليه لان وجوبها على العبد بحق العبودية لمولاه لان خدمة المولى على العبد مستحقة ولحق الشكر للنعم السابقة لان شكر النعمة واجب عقلا وشرعا ومن قضى حقا مستحقا عليه لغيره لا يستحق قبله الاجر كمن قضى دينا عليه فى الشاهد وعلى هذا يخرج الاستئجار على الصوم والصلاة والحج انه لا يصح لانها من فروض الاعيان ولا يصح الاستئجار على تعليم العلم لانه فرض عين ولا على تعليم القرآن عندنا وقال الشافعى الاجارة على تعليم القرآن جائزة لانه استئجار لعمل معلوم ببدل معلوم فيجوز ولنا انه استئجار لعمل مفروض فلا يجوز كالاستئجار للصوم والصلاة ولانه غير مقدور الاستيفاء فى حق الاجير لتعلقه بالمتعلم فاشبه الاستئجار لحمل خشبة لا يقدر على حملها بنفسه وقد روى أن أبى بن كعب رضى الله عنه اقرأ رجلا فاعطاه قوسا فسأل النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار قال لا فقال صلى الله عليه وسلم فرده ولا على الجهاد لانه فرض عين عند عموم النفير وفرض كفاية فى غير تلك الحال واذا شهد الوقعة فتعين عليه فيقع عن نفسه وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مثل من يغزو فى أمتى ويأخذ الجعل عليه كمثل أم موسى ترضع ولدها وتأخذ عليه اجرا ولا على الاذان والاقامة والامامة لانها واجبة وقد روى عن عثمان بن أبى العاص الثقفى انه قال آخر ما عهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أصلى بالقوم صلاة أضعفهم وان اتخذ مؤذنا لا يأخذ على الاذان اجرا ولان الاستئجار على الاذان والاقامة والامامة وتعليم القرآن والعلم سبب لتنفير الناس عن الصلاة بالجماعة وعن تعليم القرآن والعلم لان ثقل الاجر يمنعهم عن ذلك والى هذا أشار الرب جل شأنه فى قوله عز وجل أم تسألهم اجرا فهم من مغرم مثقلون فيؤدى الى الرغبة عن هذه الطاعات وهذا لا يجوز وقال تعالى وما تسألهم عليه من أجر اى على ما تبلغ اليهم أجرا وهو كان صلى الله عليه وسلم يبلغ بنفسه وبغيره بقوله صلى الله عليه وسلم الا فليبلغ الشاهد الغائب فكان كل معلم مبلغا فاذا لم يجز له أخذ الاجر على ما يبلغ بنفسه لما قلنا فكذا لمن يبلغ بامره لان ذلك تبليغ منه معنى ويجوز الاستئجار على تعليم اللغة والادب لانه ليس بفرض ولا واجب وكذا يجوز الاستئجار على بناء المساجد والرباطات والقناطر لما قلنا ولا يجوز الاستئجار على غسل

الميت ذكره في الفتاوى لانه واجب ويجوز على حفر القبور وأما على حمل الجنازة فذكر في بعض الفتاوى انه جائز على الاطلاق وفي بعضها انه ان كان يوجد غيرهم يجوز وان كان لا يوجد غيرهم لا يجوز لان الحمل عليهم واجب وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر الرجل ابنه وهو حر بالغ ليخدمه انه لا يجوز لان خدمة الاب الحر واجبة على الابن الحر فان كان الولد عبدا والاب حر فاستأجر ابنه من مولاه جاز لانه اذا كان عبدا لا يجب عليه خدمة الاب وكذلك ان كان الابن مكاتبا لانه لا يلزمه خدمة ابيه فكان كالاجنبي ولو استأجر امرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لم يجز لان خدمة البيت عليها فيما بينها وبين الله تعالى لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين علي وفاطمة رضي الله عنهما فجعل ما كان داخل البيت على فاطمة رضي الله عنها وما كان خارج البيت على علي رضي الله عنه فكان هذا استئجارا على عمل واجب فلم يجز ولانها تنتفع بخدمة البيت والاستئجار على عمل ينتفع به الاجير غير جائز ولا يجوز استئجار الزوجة على رضاع ولده منها لان ذلك استئجار على خدمة الولد وانما اللبن يدخل فيه تبعا على ما ذكرنا فكان الاستئجار على امر عليها فيما بينها وبين الله تعالى ولان الزوجة مستحقة للنفقة على زوجها وأجرة الرضاع تجري مجرى النفقة فلا تستحق نفقتين على زوجها حتى لو كان للولد مال فاستأجرها لارضاع ولدها منه من مال الولد جاز كذا روى ابن رستم عن محمد لانه لا نفقة لها على الولد فلا يكون فيه استحقاق نفقتين ولو استأجر لولده من ذوات الرحم المحرم اللاتي لهن حضانته جاز لانه ليس عليهن خدمة البيت ولا نفقة لهن على اب الولد ويجوز استئجار الزوجة لترضع ولده من غيرها لانه ليس عليها خدمة ولد غيرها ولو استأجر على ارضاع ولده خادم امه فخادمها بمنزلتها فما جاز فيها جاز في خادمها وما لم يجز فيها لم يجز في خادمها لانها هي المستحقة لمنفعة خادمها فصار كنفقتها وكذا مدبرتها لانها تملك منافعها فان استأجر مكاتبتها جاز لانها لا تملك منافع المكاتبة فكانت كالاجنبية ولو استأجرت المرأة زوجها ليخدمها في البيت بأجر مسمى فهو جائز لان خدمة البيت غير واجبة على الزوج فكان هذا استئجارا على أمر غير واجب على الاجير وكذا لو استأجرته لرعي غنمها لان رعي الغنم لا يجب على الزوج وان شئت عبرت عن هذا الشرط فقلت ومنها ان لا ينتفع الاجير بعمله فان كان ينتفع به لم يجز لانه حينئذ يكون عاملا لنفسه فلا يستحق الاجر ولهذا قلنا ان الثواب على الطاعات من طريق الافضال لا الاستحقاق لان العبد فيما يعمله من القربات والطاعات عامل لنفسه قال سبحانه وتعالى من عمل صالحا فلنفسه ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره وعلى هذه العبارة ايضا يخرج الاستئجار على الطاعات فرضا كانت أو واجبة أو تطوعا لان الثواب موعود للمطيع على الطاعة فينتفع الاجير بعمله فلا يستحق الاجر وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر رجلا ليطحن له قفيزا من حنطة بربع من دقيقها أو ليعصر له قفيزا من سمسم بجزء معلوم من دهنه انه لا يجوز لان الاجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر فيكون عاملا لنفسه وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قفيز الطحان ولو دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة لان الحائك ينتفع بعمله وهو الحياكة وكذا هو في معنى قفيز الطحان فكان الاستئجار عليه منهيا واذا حاكه فللحائك أجر مثل عمله لاستيفائه المنفعة بأجرة فاسدة وبعض مشايخنا ببلخ جوز هذه الاجارة وهو محمد بن سلمة ونصر بن يحيى ومنها ان تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الاجارة ويجري بها التعامل بين الناس لانه عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقية ذلك فيه لم يجز لانه لا يقصد من الشجر هذا النوع من المنفعة وهو تبقية الثمر عليها فلم تكن منفعة مقصودة عادة وكذا لو استأجر الارض التي فيها ذلك الشجر يصير مستأجرا باستئجار الارض ولا يجوز استئجار الشجر وقال أبو يوسف اذا استأجر ثيابا ليبسطها ببيت ليزين بها ولا يجلس عليها فالاجارة فاسدة لان بسط الثياب من غير استعمال

ليس منفعة مقصودة عادة وقال عمرو عن محمد فى رجل استأجر دابة ليجنبها يتزين بها فلا أجر عليه لان قود الدابة للتزين ليس بمنفعة مقصودة ولا يجوز استئجار الدراهم والدنانير ليزين الحانوت ولا استئجار المسك والعود وغيرهما من المشمومات للشم لانه ليس بمنفعة مقصودة الاترى انه لا يعتاد استيفاؤها بعقد الاجارة والله عزوجل الموفق وأما الذى يرجع الى محل المعقود عليه فهو ان يكون مقبوض المؤاجر اذا كان منقولا فان لم يكن فى قبضه فلا تصح اجارته لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع مالم يقبض والاجارة نوع بيع فتدخل تحت النهى ولان فيه غرر انفساخ العقد لاحتمال هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ البيع فلا تصح الاجارة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وان لم يكن منقولا فهو على الاختلاف المعروف فى بيع العين انها تجوز عند ابى حنيفة وابى يوسف ولا تجوز عند محمد وقيل فى الاجارة لا تجوز بالاجماع وأما الذى يرجع الى ما يقابل المعقود عليه وهو الاجرة والاجرة فى الاجارات معتبرة بالثمن فى البياعات لان كل واحد من العقدين معاوضة المال بالمال فما يصلح ثمنا فى البياعات يصلح اجرة فى الاجارات ومالا فلا وهو أن تكون الاجرة مالا متقوما معلوما وغير ذلك مما ذكرناه فى كتاب البيوع والاصل فى شرط العلم بالاجرة قول النبى صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره والعلم بالاجرة لا يحصل الا بالاشارة والتعيين أو بالبيان وجملة الكلام فيه أن الاجر لا يخلو اما ان كان شيأ بعينه واما ان كان بغير عينه فان كان بعينه فانه يصير معلوما بالاشارة ولا يحتاج فيه الى ذكر الجنس والصفة والنوع والقدر سواء كان مما يتعين بالتعيين أو مما لا يتعين كالدراهم والدنانير ويكون تعيينها كناية عن ذكر الجنس والصفة والنوع والقدر على أصل أصحابنا لان المشار اليه اذا كان مما له حمل ومؤنة يحتاج الى بيان مكان الايفاء عند أبى حنيفة وان كان بغير عينه فان كان مما يثبت دينا فى الذمة فى المعاوضات المطلقة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة والثياب لا يصير معلوما الا ببيان الجنس والنوع من ذلك الجنس والصفة والقدر الا أن فى الدراهم والدنانير اذا لم يكن فى البلد الا نقد واحد لا يحتاج فيها الى ذكر النوع والوزن ويكتفى بذكر الجنس ويقع على نقد البلد ووزن البلد وان كان فى البلد نقود مختلفة يقع على النقد الغالب وان كان فيه نقود غالبة لابد من البيان فان لم يبين فسد العقد ولابد من بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يشترط ذلك ويتعين مكان العقد للايفاء وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب البيوع وهل يشترط الاجل فى المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لا يشترط لان هذه الاشياء كما تثبت دينا فى الذمة مؤجلا بطريق السلم تثبت دينا فى الذمة مطلقا لا بطريق السلم بل بطريق القرض فكان لثبوتها أجلان فان ذكر الاجل جاز وثبت الاجل كالسلم وان لم يذكر جاز كالقرض وأما فى الثياب فلابد من الاجل لانها لا تثبت دينا فى الذمة الا مؤجلا فكان لثبوتها أجل واحد وهو السلم فلابد فيها من الاجل كالسلم وان كان مما لا يثبت دينا فى الذمة فى عقود المعاوضات المطلقات كالحيوان فانه لا يصير معلوما بذكر الجنس والنوع والصفة والقدر ألا ترى أنه لا يصلح ثمنا فى البياعات فلا يصلح أجرة فى الاجارات وحكم التصرف فى الاجرة قبل القبض اذا وجبت فى الذمة حكم التصرف فى الثمن قبل القبض اذا كان دينا وقد بينا ذلك فى كتاب البيوع واذا لم يجب بأن لم يشترط فيها التعجيل فحكم التصرف فيها نذكره فى بيان حكم الاجارة ان شاء الله عزوجل وما كان منها عينا مشارا اليها فحكمه حكم الثمن اذا كان عينا حتى لو كان منقولا لا يجوز التصرف فيه قبل القبض وان كان عقارا فعلى الاختلاف المعروف فى كتاب البيوع انه يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يجوز وهى من مسائل البيوع ولو استأجر عبدا بأجر معلوم وبطعامه أو استأجر دابة بأجر معلوم وبعلفها لم يجز لان الطعام أو العلف يصير أجرة وهو مجهول فكانت الاجرة مجهولة والقياس فى استئجار الظئر بطعامها وكسوتها انه لا يجوز وهو قول أبى يوسف ومحمد لجهالة الاجرة وهى الطعام والكسوة الا أن أبا حنيفة استحسن الجواز بالنص وهو قوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف من غير فصل بين ما اذا كانت

الوالدة منكوحة أو مطلقة وقوله عز وجل وعلى الوارث مثل ذلك أى الرزق والكسوة وذلك يكون بعد موت المولود وقوله تعالى وان أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف نفى الله سبحانه وتعالى الجناح عن الاسترضاع مطلقا وقولهما الاجرة مجهولة مسلم لكن الجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة وجهالة الاجرة فى هذا الباب لا تفضى الى المنازعة لان العادة جرت بالمسامحة مع الاظآر والتوسيع عليهن شفقة على الاولاد فأشبهت جهالة القفيز من الصبرة ولو استأجر دارا بأجرة معلومة وشرط الآجر تطيين الدار ومرمتها أو تعليق باب عليها أو ادخال جذع فى سقفها على المستأجر فالاجارة فاسدة لان المشروط يصير أجرة وهو مجهول فتصير الاجرة مجهولة وكذا اذا آجر أرضا وشرط كرى نهرها أو حفر بئرها أو ضرب مسناة عليها لان ذلك كله على المؤاجر فاذا شرط على المستأجر فقد جعله أجرة وهو مجهول فصارت الاجرة مجهولة ومنها أن لا تكون الاجرة منفعة هى من جنس المعقود عليه كاجارة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة والركوب بالركوب والزراعة بالزراعة حتى لا يجوز شىء من ذلك عندنا وعند الشافعى ليس بشرط وتجوز هذه الاجارة وان كانت الاجرة من خلاف الجنس جاز كاجارة السكنى بالخدمة والخدمة بالركوب ونحو ذلك والكلام فيه فرع فى كيفية انعقاد هذا العقد فعندنا ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث المنفعة فلم تكن كل واحدة من المنفعتين معينة بل هى معدومة وقت العقد فيتأخر قبض أحد المستأجرين فيتحقق ربا النساء والجنس بانفراده يحرم النساء عندنا كاسلام الهروى فى الهروى والى هذا أشار محمد فيما حكى ان ابن سماعة كتب يسأله عن هذه المسئلة أنه كتب اليه فى الجواب انك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة وجالست الجبائى فكانت منك زلة أما علمت أن بيع السكنى بالسكنى كبيع الهروى بالهروى بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة لان الربا لا يتحقق فى جنسين وعند الشافعى منافع المدة تجعل موجودة وقت العقد كأنها أعيان قائمة فلا يتحقق معنى النسيئة ولو تحقق فالجنس بانفراده لا يحرم النساء عنده وتعليل من علل فى هذه المسئلة ان هذا فى معنى بيع الدين بالدين لان المنفعتين معدومتان وقت العقد فكان بيع الكالئ بالكالئ غير سديد لان الدين اسم لموجود فى الذمة أخر بالاجل المضروب بتغيير مقتضى مطلق العقد فأما ما لا وجود له وتأخر وجوده الى وقت فلا يسمى دينا وحقيقة الفقه فى المسئلة ما ذكره الشيخ أبو منصور الماتريدى هى ان الاجارة عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة تقع عند اتحاد الجنس فبقى على أصل القياس والحاجة تتحقق عند اختلاف الجنس فيجوز ويستوى فى ذلك العبد والامة حتى لو استأجر عبدا لخدمه شهرا بخدمة أمة كان فاسدا لاتحاد جنس المنفعة ثم فى اجارة الخدمة بالخدمة اذا خدم أحدهما ولم يخدم الآخر روى عن أبى يوسف انه لا أجرة عليه وذكر الكرخى وقال الظاهر ان له أجر المثل وجه رواية أبى يوسف انه لما قابل المنفعة بجنسها ولم تصح هذه المقابلة فقد جعل بازاء المنفعة ما لا قيمة له فكان راضيا ببذل المنفعة بلا بدل وجه ما ذكره الكرخى انه استوفى المنافع بعقد فاسد والمنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد لما نذكر تحقيقه انها تقوم بالعقد الفاسد الذى لم يذكر فيه بدل رأسا بأن استأجر شيأ ولم يسم عوضا أصلا فاذا سمى العوض وهو المنفعة أولى وقالوا فى عبد مشترك تهايأ الشريكان فيه نخدم أحدهما يوما ولم يخدم الآخر انه لا أجر له لان هذا ليس بمبادلة بل هو افراز ويجوز استئجار العبدين لعملين مختلفين كالخياطة والصياغة لان الجنس قد اختلف وذكر الكرخى فى الجامع اذا كان عبد بين اثنين أجر أحدهما نصيبه من صاحبه بخيط معه شهرا على أن يصوغ نصيبه معه فى الشهر الداخل ان هذا لا يجوز فى العبد الواحد وان اختلف العمل وانما يجوز فى العملين المختلفين اذا كانا فى عبدين لان هذا مهايأة منهما لانهما فعلا ما يستحق عليهما من غير اجارة والمهايأة من شرط جوازها أن تقع على المنافع المطلقة فاما أن يعين أحد الشريكين على الآخر المنفعة فلا يجوز والله عز وجل أعلم وأما الذى يرجع الى ركن العقد فخلوه عن شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه حتى لو أجره داره على أن يسكنها شهرا ثم يسلمها الى المستأجر أو أرضا على أن يزرعها ثم يسلمها

الى المستأجر أودابة على أن يركبها شهرا أوثوبا على أن يلبسه شهرا ثم يسلمه الى المستأجر فالاجارة فاسدة لان هذا شرط لا يقتضيه العقد وانه شرط لا يلائم العقد وزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض في معاوضة المال بالمال يكون ربا أوفيها شبهة الربا وكل ذلك مفسد للعقد وعلى هذا يخرج أيضا شرط تطيين الدار واصلاح ميزابها وما وهى منها واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج وكرى الانهار وفي اجارة الارض وطعام العبد وعلف الدابة في اجارة العبد والدابة ونحو ذلك لان ذلك كله شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لاحد العاقدين وذكر في الاصل اذا استأجر دارا مدة معلومة بأجرة مسماة على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة ولا أجرة على المستأجر اذا لم يسكنها وان سكنها فعليه أجر مثلها لا ينقص مما سمى أما فساد العقد فظاهر لان شرطه أن لا يسكن نفي موجب العقد وهو الانتفاع بالمعقود عليه وانه شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائم العقد فكان شرطا فاسدا وأما عدم وجوب الاجر رأسا ان لم يسكن ووجوب أجر المثل ان سكن فظاهر أيضا لان أجر المثل في الاجارات الفاسدة انما يجب باستيفاء المعقود عليه لا بنفس التسليم وهو التخلية كما في النكاح الفاسد لان التخلية هي التمكين ولا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فأشبه المنع الحسي من العباد وهو الغصب بخلاف الاجارة الصحيحة لانه لا منع هناك فتحقق التسليم فلئن لم ينتفع به المستأجر فقد أسقط حق نفسه في المنفعة فلا يسقط حق الآجر في الاجرة واذا سكن فقد استوفى المعقود عليه بعقد فاسد وانه يوجب أجر المثل وأما قوله لا ينتقص من المسمى ففيه اشكال لانه قد صح من مذهب أصحابنا الثلاثة ان الواجب في الاجارة الفاسدة بعد استيفاء المعقود عليه الاقل من المسمى ومن أجر المثل اذا كان الاجر مسمى وقد قال في هذه المسئلة انه لا ينقص من المسمى من المشايخ من قال المسئلة مؤولة تأويلها انه لا ينقص من المسمى اذا كان أجر المثل والمسمى واحدا ومنهم من أجرى الرواية على الظاهر فقال ان العاقدين لم يجعلا المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستأجر أن لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لما ذكرنا انه لا يتحقق مع فساد العقد فاذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلتها بدل فيجب أجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا لم يذكر في العقد تسمية أصلا الا انه قال لا ينقص من المسمى لان المستأجر رضي بالمسمى بدون الانتفاع فعند الانتفاع أولى ولو آجره داره أو أرضه أو عبده أو دابته وشرط تسليم المستأجر جاز لان تسليم المستأجر من مقتضيات العقد ألا ترى انه يثبت بدون الشرط فكان هذا شرطا مقررا مقتضى العقد لا مخالفا له فصار كما لو أجره على أن يملك المستأجر منفعة المستأجر ولو آجر بشرط تعجيل الاجرة أو شرط على المستأجر أن يعطيه بالاجرة رهنا أو كفيلا جاز اذا كان الرهن معلوما والكفيل حاضرا الا ان هذا شرط يلائم العقد وان كان لا يقتضيه كما ذكرنا في البيوع فيجوز كما في بيع العين وأما شرط اللزوم فنوعان نوع هو شرط انعقاد العقد لازما من الاصل ونوع هو شرط بقائه على اللزوم أما الاول فانواع منها أن يكون العقد صحيحا لان العقد الفاسد غير لازم بل هو مستحق النقض والفسخ رفعا للفساد حقا للشرع فضلا عن الجواز ومنها أن لا يكون بالمستأجر عيب في وقت العقد أو وقت القبض يخل بالانتفاع به فان كان لم يلزم العقد حتى قالوا في العبد المستأجر للخدمة اذا ظهر انه سارق له أن يفسخ الاجارة لان السلامة مشروطة دلالة فتكون كالمشروط نصا كما في بيع العين ومنها أن يكون المستأجر مرئي المستأجر حتى لو استأجر دارا لم يرها ثم رآها فلم يرض بها انه يردها لان الاجارة بيع المنفعة فيثبت فيها خيار الرؤية كما في بيع العين فان رضي بها بطل خياره كما في بيع العين وأما الثاني فنوعان أحدهما سلامة المستأجر عن حدوث عيب به يخل بالانتفاع به فان حدث به عيب يخل بالانتفاع به لم يبق العقد لازما حتى لو استأجر عبدا يخدمه أو دابة يركبها أو دارا يسكنها فمرض العبد أو عرجت الدابة أو انهدم بعض بناء الدار فالمستأجر بالخيار ان شاء مضى على الاجارة وان شاء فسخ بخلاف البيع اذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض انه ليس للمشتري أن يرده لان الاجارة بيع المنفعة والمنافع تحدث شيأ فشيأ فكان كل جزء من أجزاء المنافع معقودا مبتدأ فاذا حدث العيب

بالمستأجر كان هذا عيبا حدث بعد العقد قبل القبض وهذا يوجب الخيار فى بيع العين كذا فى الاجارة فلا فرق بينهما من حيث المعنى واذا ثبت الخيار للمستأجر فان لم يفسخ ومضى على ذلك الى تمام المدة فعليه كمال الاجرة لانه رضى بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل كما فى بيع العين اذا اطلع المشترى على عيب فرضى به وان زال العيب قبل أن يفسخ بان صح العبد وزال العرج عن الدابة و بنى المؤاجر ماسقط من الدار بطل خيار المستأجر لان الموجب للخيار قد زال والعقد قائم فيزول الخيار هذا اذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستأجر فان كان لا يضر بالانتفاع به بقى العقد لازما ولا خيار للمستأجر كالعبد المستأجر اذا ذهبت احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره أو سقط من الدار المستأجرة حائط لا ينتفع به فى سكناها لان العقد ورد على المنفعة لا على العين اذا الاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولا نقصان فى المنفعة بل فى العين والعين غير معقود عليها فى باب الاجارة وتغير عين المعقود عليه لا يوجب الخيار بخلاف ما اذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع لانه اذا كان يضر بالانتفاع فالنقصان يرجع الى المعقود عليه فاوجب الخيار فله أن يفسخ ثم انما يلى الفسخ اذا كان المؤاجر حاضرا فان كان غائبا فحدث بالمستأجر ما يوجب حق الفسخ فليس للمستأجر أن يفسخ لان فسخ العقد لا يجوز الا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما وقال هشام عن محمد فى رجل استأجر أرضا سنة يزرعها شيا ذكره فزرعها فاصاب الزرع آفة من برد أو غيره فذهب به وتأخر وقت زراعة ذلك النوع فلا يقدر أن يزرع قال ان أراد أن يزرع شيأ غيره مما ضرره على الارض أقل من ضرره أو مثل ضرره فله ذلك والا فسخت عليه الاجارة وألزمته اجر ما مضى لانه اذا عجز عن زراعة ذلك النوع كان استيفاء الاجارة اضرارا به قال واذا نقص الماء عن الرحى حتى صار يطحن أقل من نصف طحنه فذلك عيب لانه لا يقدر على استيفاء العقد الا بضرر وهو نقصان الانتفاع ولو انهدمت الدار كلها أو انقطع الماء عن الرحى أو انقطع الشرب عن الارض فقد اختلفت اشارة الروايات فيه ذكر فى بعضها ما يدل على أن العقد ينفسخ فانه ذكر فى اجارة الاصل اذا سقطت الدار كلها فله أن يخرج كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا فهذا دليل الانفساخ حيث جوز للمستأجر الخروج من الدار مع غيبة المؤاجر ولو لم تنفسخ توقف جواز الفسخ على حضوره والوجه فيه أن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت بالسقوط اذ المطلوب منها الانتفاع بالسكنى وقد بطل ذلك فقد هلك المعقود عليه فينفسخ العقد وذكر فى بعضها ما يدل على أن العقد لا ينفسخ لكن يثبت حق الفسخ فانه ذكر فى كتاب الصلح اذا صالح على سكنى دار فانهدمت لم ينفسخ الصلح وروى هشام عن محمد فيمن استأجر بيتا وقبضه ثم انهدم فبناه الآجر فقال المستأجر بعد ما بناه لا حاجة لى فيه قال محمد ليس للمستأجر ذلك وكذلك لو قال المستأجر آخذه وأبى الآجر ليس للآجر ذلك وهذا يجرى مجرى النص على أن الاجارة لم تنفسخ ووجهه أن الدار بعد الانهدام بقيت منتفعا بها منفعة السكنى فى الجملة بان يضرب فيها خيمة فلم يفت المعقود عليه رأسا فلا ينفسخ العقد على انه ان فات كله لكن فات على وجه يتصور عوده وهذا يكفى لبقاء العقد كمن اشترى عبدا فابق قبل القبض والاصل فيه أن العقد المنعقد بيقين يبقى لتوهم الفائدة لان الثابت بيقين لا يزال بالشك كما أن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك وذكر القدورى وقال الصحيح ان العقد ينفسخ لما ذكرنا أن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت وضرب الخيمة فى الدار ليس بمنفعة مطلوبة من الدار عادة فلا يعتبر بقاؤه لبقاء العقد وقال فيما ذكره محمد فى البيت اذا بناه المؤاجر انه لما بناه تبين أن العقد لم ينفسخ حقيقة وان حكم بفسخه ظاهرا فيجبر على التسليم والقبض وليس يمتنع الحكم بانفساخ عقد فى الظاهر مع التوقف فى الحقيقة كمن اشترى شاة فماتت فى يد البائع فدبغ جلدها انه يحكم ببقاء العقد بعد الحكم بانفساخه ظاهرا بموت الشاة كذا ههنا واذا بقى العقد يجبر على التسليم والتسلم وقبل البناء لا يعلم ان العقد لم ينفسخ حقيقة فيجب العمل بالظاهر وذكر محمد فى السفينة اذا نقضت وصارت ألواحا ثم بناها المؤاجر انه لا يجبر على تسليمها الى المستأجر فقد فرق بين السفينة و بين البيت ووجه الفرق أن العقد فى السفينة قد انفسخ حقيقة لأن الاصل فيها الصناعة وهى التركيب

والالواح تابعة للصناعة بدليل ان من غصب خشبة فعملها سفينة ملكها فكان تركيب الالواح بمنزلة اتخاذ سفينة
أخرى فلم يجبر على تسليمها الى المستأجر بخلاف الدار لان عرصة الدار ليست بتابعة للبناء بل العرصة فيها أصل
فاذا بناها فقد بنى تلك الدار بعينها فيجبر على التسليم وقال محمد فيمن استأجر رحى ماء سنة فانقطع الماء بعد ستة
أشهر فامسك الرحى حتى مضت المدة فعليه أجر للستة أشهر الماضية ولا شىء عليه لما بقى لان منفعة الرحى قد بطلت
فانفسخ العقد قال فان كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه بقى شىء من المعقود عليه له حصة
في العقد فاذا استوفى لزمه حصته فان سلم المؤاجر الدار الا بيتاً منها ثم منعه رب الدار أو غيره بعد ذلك من البيت فلا
أجر على المستأجر في البيت لانه استوفى بعض المعقود عليه دون بعض فلا يكون عليه حصة ما لم يستوف وللمستأجر
أن يمتنع من قبول الدار بغير البيت وأن يفسخ الاجارة اذا حدث ذلك بعد قبضه لان الصفقة تفرقت في المعقود عليه
وهو المنافع وتفرق الصفقة يوجب الخيار ولو استأجر دارا أشهرا مسماة فلم تسلم اليه الدار حتى مضى بعض المدة ثم أراد
أن يتسلم الدار فيما بقى من المدة فله ذلك وليس للمستأجر أن يأبى ذلك وكذلك لو كان المستأجر طلبها من المؤاجر فمنعه
اياها ثم أراد أن يسلمها فذلك له وليس للمستأجر أن يمتنع لان الخيار انما يثبت بحدوث تفرق الصفقة بعد حصولها
مجتمعة والصفقة ههنا حينما وقعت وقعت متفرقة لان المنافع تحدث شيأ فشيأ فكان كل جزء من المنافع كالمعقود
عليه بعقد مبتدأ فكان أول جزء من المنفعة معلوكا بعقد والثانى مملوكا بعقد آخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في
أحدهما لا يؤثر في الآخر فان استأجر دارين فسقطت احداهما أو منعه مانع من احداهما أو حدث في احداهما
عيب فله أن يتركهما جميعا لان العقد وقع عليهما صفقة واحدة وقد تفرقت عليه فيثبت له الخيار والله عز وجل أعلم
والثانى عدم حدوث عذر بأحد العاقدين أو بالمستأجر فان حدث بأحدهما أو بالمستأجر عذر لا يبقى العقد لازما
وله أن يفسخ وهذا عند أصحابنا وعند الشافعى هذا ليس بشرط بقاء العقد لازما ولقب المسئلة ان الاجارة تفسخ
بالاعذار عندنا خلافا له (وجه) قوله ان الاجارة أحد نوعى البيع فيكون لازما كالنوع الآخر وهو بيع الاعيان
والجامع بينهما ان العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ الا باتفاقهما ولنا ان الحاجة تدعو الى الفسخ عند العذر لانه لو لزم العقد
عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد لما نذكر في تفصيل الاعذار الموجبة للفسخ فكان الفسخ في
الحقيقة امتناعا من التزام الضرر وله ولاية ذلك وقد خرج الجواب عن قوله ان هذا بيع لانا نقول نعم لكنه عجز عن
المضى في موجبه الا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد فكان محتملا للفسخ في هذه الحالة كما في بيع العين اذا اطلع المشترى
على عيب بالمبيع وكما لو حدث عيب بالمستأجر وكذا عن قوله العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ الا باتفاقهما ان هذا
هكذا اذا لم يعجز عن المضى على موجب العقد الا بضرر غير مستحق بالعقد وقد عجز ههنا فلا يشترط التراضى على
الفسخ كما في بيع العين وحدوث العيب بالمستأجر ثم انكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع لانه
يقتضى ان من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلا ليقلعها فسكن الوجع يجبر على القلع ومن وقعت في يده أكلة فاستأجر
رجلا ليقطعها فسكن الوجع ثم برأت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلا وشرعا واذا ثبت ان الاجارة تفسخ بالاعذار
فلا بد من بيان الاعذار المثبتة للفسخ على التفصيل فنقول وبالله التوفيق ان العذر قد يكون في جانب المستأجر وقد
يكون في جانب المؤاجر وقد يكون في جانب المستأجر أما الذى في جانب المستأجر فنحو أن يفلس فيقوم من
السوق أو يريد سفرا أو ينتقل من الحرفة الى الزراعة أو من الزراعة الى التجارة أو ينتقل من حرفة الى حرفة لان
المفلس لا ينتفع بالحانوت فكان في ابقاء العقد من غير استيفاء المنفعة اضرار به ضررا لم يلتزمه العقد فلا يجبر على عمله
واذا عزم على السفر ففى ترك السفر مع العزم عليه ضرر به وفى ابقاء العقد مع خروجه الى السفر ضرر به أيضا لما فيه
من لزوم الاجرة من غير استيفاء المنفعة والانتقال من عمل لا يكون الا للاعراض عن الاول ورغبته عنه فان منعناه
عن الانتقال أضررنا به وان أبقينا العقد بعد الانتقال لألزمناه الاجرة من غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به ولو أراد

أن ينتقل من حانوت الى حانوت ليعمل ذلك العمل بعينه فى الثانى لما ان الثانى أرخص وأوسع عليه لم يكن ذلك عذرا لانه يمكنه استيفاء المنفعة من الاول من غير ضرر وانما بطلت زيادة المنفعة وقد رضى بالقدر الموجود منها فى الاول وعلى هذا اذا استأجر رجلا لما لا يصل الى الانتفاع به من غير ضرر يدخل فى ملكه أو بدنه ثم بدا له أن يفسخ الاجارة بأن استأجر رجلا ليقصر له ثيابا أو ليقطعها أو يخيطها أو يهدم دارا له أو يقطع شجرا له أو ليقلع ضرسه أو ليحجم أو ليفصد أو ليزرع أرضا أو يحدث فى ملكه شيأ من بناء أو تجارة أو حفر ثم بدا له أن لا يفعل فله أن يفسخ الاجارة ولا يجبر على شىء من ذلك لان القصارة والقطع نقصان عاجل فى المال بالغسل والقطع وفيه ضرر وهدم الدار وقطع الشجر اتلاف المال والزراعة اتلاف البذر وفى البناء اتلاف الآلة وقلع الضرس والحجامة والفصد اتلاف جزء من البدن وفيه ضرر به الا أنه استأجره لها المصلحة تاملها تربو على المضرة فاذا بدا له علم أنه لا مصلحة فيه فبقى الفعل ضررا فى نفسه فكان له الامتناع من الضرر بالفسخ اذ الانسان لا يجبر على الاضرار بنفسه وكذلك لو استأجر ابلا الى مكة ثم بدا للمستأجر أن لا يخرج فله ذلك ولا يجبر على السفر لانه لما بدا له علم ان السفر ضرر فلا يجبر على تحمل الضرر وكذا كل من استأجر دابة ليسافر ثم قعد عن السفر فله ذلك لما قلنا وقد قالوا ان الجمال اذا قال للحاكم ان هذا لا يريد أن يترك السفر وانما يريد أن يفسخ الاجارة قال له الحاكم انتظره فان خرج ثم قعد الجمال معه فاذا فعلت ذلك فلك الاجر فان قال صاحب الدار للحاكم ان هذا لا يريد سفرا وانما يقول ذلك ليفسخ الاجارة استحلفه الحاكم بالله عز وجل انه يريد السفر الذى عزم عليه لانه يدعى سبب الفسخ وهو ارادة السفر ولا يمكنه اقامة البينة عليه فلا يقبل قوله الا مع يمينه وقالوا لو خرج من المصر فراسخ ثم رجع فقال صاحب الدار انما أظهر الخروج لفسخ الاجارة وقد عاد استحلفه الحاكم بالله عز وجل لقد خرج قاصدا الى الموضع الذى ذكر لان المؤاجر يدعى ان الفسخ وقع بغير عذر وهو عزم السفر الى موضع معلوم ولا يمكنه اقامة البينة عليه لان عزم المستأجر لا يعلم الا من جهته فكان القول قوله مع يمينه وأما الجمال اذا بدا له من الخروج فليس له أن يفسخ الاجارة لان خروج الجمال مع الجمال ليس بمستحق بالعقد فان له أن يبعث غيره مع الجمال فلا يكون قعوده عذرا بخلاف خروج المستأجر لان غرضه يتعلق بخروجه بنفسه فكان قعوده عذرا ولو استأجر رجلا ليحفر له بئرا فحفر بعضها فوجدها صلبة أو خرج حجرا أو وجدها رخوة بحيث يخاف التلف كان عذرا لانه يعجز عن المضى فى موجب العقد الا بضرر لم يلتزمه وقال هشام عن أبى يوسف فى امرأة ولدت يوم النحر قبل أن تطوف فأبى الجمال أن يقيم قال هذا عذر لانه لا يمكنها الخروج من غير طواف ولا سبيل الى الزام الجمال الاقامة مدة النفاس لانه يتضرر به اذ هى مدة ما جرت العادة باقامة القافلة قدرها فيجعل عذرا فى فسخ الاجارة وان كانت قد ولدت قبل ذلك وقد بقى من مدة نفاسها كمدة الحيض أو أقل أجبر الجمال على المقام معها لان هذه المدة قد جرت العادة بمقام الحاج فيها بعد الفراغ من الحج وأما الذى هو فى جانب المؤاجر فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه الا من ثمن المستأجر من الابل والعقار ونحو ذلك اذا كان الدين ثبت قبل عقد الاجارة بالبينة أو بالاقرار أو ثبت بالبينة بعد عقد الاجارة ولو ثبت بعد عقد الاجارة بالاقرار فكذلك عند أبى حنيفة وأما عندهما فالدين الثابت بالاقرار بعد عقد الاجارة لا تفسخ به الاجارة لانه متهم فى هذا الاقرار ولابى حنيفة ان الظاهر ان الانسان لا يقر بالدين على نفسه كاذبا وهذا العذر من جانب المؤاجر بناء على أن بيع المؤاجر لا ينفذ عندنا من غير اجازة المستأجر خلافا للشافعى على ما نذكره واذا لم يجز البيع مع عقد الاجارة جعل الدين عذرا فى فسخ الاجارة لان ابقاء الاجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل اضرار بالمؤاجر لانه يحبس به ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد فان قيل كيف يحبسه القاضى وهو غير قادر على قضاء الدين بالمؤاجر لتعلق حق المستأجر به فينبغى أن لا يحبسه القاضى فالجواب ان القاضى لا يصدقه انه لا مال له سوى المؤاجر فيحبسه الى أن يظهر حاله وفى الحبس ضرر على أنه ان لم يكن له مال آخر غير المؤاجر لكن حق المستاجر انما تعلق بالمنفعة لا بالعين وقضاء الدين يكون من

بدل العين وهو الثمن فيحبس [illegible] البيع وكذلك لو اشترى شيأ فاجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الاجارة ويرده بالعيب على بائعه وان رضى [illegible] بالعيب [illegible] حق الرد بالعيب عذرا له فى فسخ الاجارة لانه لا يقدر على استيفائها الا بضرر وهو التزام المبيع [المعيب] ولو أراد مؤاجر السفر أو النقلة عن البلد وقد أجر عقاراله فليس ذلك بعذر لان استيفاء منفعة العقار مع غيبته لا ضرر عليه فيه قال أبو يوسف ان مرض المؤاجر أو أصاب ابله داء فله أن يفسخ اذا كانت بعينها أما اذا أصاب الابل داء فلان استعمال الدابة مع ما بها من الداء اجحاف بها وفيه ضرر بصاحبها والضرر لا يستحق بالعقد فيثبت له حق الفسخ وكذا المستأجر لان المنافع تنقص بمرض الابل فصار ذلك عيبا فيها وأما مرض الجمال فظاهر رواية الاصل يقتضى أن لا يكون عذرا لان أثر المرض فى المنع من الخروج وخروج الجمال بنفسه مع الجمال غير مستحق بالعقد وأما وجه رواية أبى يوسف وهو الفرق بين مرض الجمال و بين قعوده ان الجمال يقوم على جماله بنفسه فاذا مرض لا يقوم غيره مقامه الا بضرر وليس كذلك اذا بدا له من الخروج لانه يقدر على الخروج فاذا ترك ذلك باختياره كان عليه أن يقيم غيره مقامه ولو أجر [نفسه] [illegible] من الصناع أو عامل من العمال نفسه لعمل أو صناعة ثم قال بدا لى أن أترك [illegible] أنتقل منه الى غيره [illegible] كان [illegible] ذلك من عمله بان كان حجاما فقال قد أنفت من عملى وأريد تركه لم يكن له ذلك [illegible] العمل [illegible] من العمل لان العقد قد لزمه ولا عار عليه فيه لانه من أهل تلك الحرفة فهو [illegible] ويقدر على ذلك بعد انقضاء العمل وان كان ذلك العمل ليس من عمله وصنعته [illegible] بها أو كانت امرأة أجرت نفسها ظئرا وهى ممن تعاب بذلك فلأهلها أن يخرجوها وكذلك ان [illegible] أن ترضع [illegible] ممن لا يكون من أهل الصنائع الدنيئة اذا دخل فيها يلحقه العار فاذا أراد الترك فهو لا يقدر على ابقاء [العقد] الا بضرر وكذلك الظئر اذا لم تكن ممن يرضع مثلها فلأهلها الفسخ لانهم يعيرون بذلك وفى المثل السائر تجوع الحرة ولا تأكل بثدييها فان لم يمكن ايفاء العقد الا بضرر فلا يقدر على تسليم المنفعة الا بضرر بخلاف ما اذا زوجت نفسها من غير كفء انه لا يثبت لها حق الفسخ و يثبت للاولياء لان النكاح لا يفسخ بالعذر فقد لزمها العقد والاجارة تنفسخ بالعذر وان وقعت لازمة ولو انهدم منزل المؤاجر ولم يكن له منزل آخر سوى المنزل المؤاجر فاراد أن ينقض الاجارة و يسكنها ليس له ذلك لانه يمكنه أن يستأجر منزلا آخر أو يشترى فلا ضرورة الى فسخ الاجارة وكذا اذا أراد التحول من هذا المصر لانه يمكنه أن يترك المنزل فى الاجارة ويخرج بخلاف المستاجر اذا أراد أن يخرج لما ذكرنا ولو اشترى المستاجر منزلا فاراد التحول اليه لم يكن ذلك عذرا لانه يمكنه أن يؤاجر دار نفسه فشراؤه دارا أخرى أو وجود دار أخرى لا يوجب عذرا فى الدار المستأجرة والله عز وجل أعلم وأما الذى هو فى جانب المستأجر فنها عتق العبد المستأجر فانه عذر فى فسخ الاجارة حتى لو أجر رجل عبده سنة فلما مضت ستة أشهر أعتقه فهو بالخيار ان شاء مضى على الاجارة وان شاء فسخ أما العتق فلا شك فى نفاذه لصدوره الاعتاق من الاهل فى المحل المملوك المرقوق والعارض وهو حق المستاجر لا يؤثر الا فى المنع من التسليم ونفاذ العتق لا يقف على امكان التسليم بدليل ان اعتاق الآبق نافذ وأما الخيار فلان العقد على المنافع ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوثها فيصير بعد الحرية كأنه عقد عليه ابتداء فكان له خيار الاجارة والفسخ فان فسخ بطل العقد فيما بقى وسقط عن المستأجر الاجر فيما بقى وكان أجر ما مضى للمولى لانها بدل منفعة استوفيت على ملك المولى بعقده وان أجاز ومضى على الاجارة فالاجرة فيما يستقبل الى تمام السنة تكون للعبد لانها بدل منفعة استوفيت بعد الحرية فكانت له كما لو أجر نفسه من انسان بغير اذن مولاه فاعتقه المولى فى المدة فلا خيار له بخلاف العبد المأذون اذا أجر نفسه بعد الحرية فان اختار الاجارة لم يكن له أن ينقضها بعد ذلك لانه باختيار الاجارة أبطل حق الفسخ فلا يحتمل العود وقبض الاجرة كلها للمولى وليس للعبد أن يقبض الاجرة الا بوكالة من المولى لان العاقد هو المولى وحقوق العقد ترجع الى العاقد هذا ان لم يكن المستاجر عجل الاجرة ولا شرط المولى عليه

التعجيل فان كان عجل أوشرط عليه التعجيل فاعتق العبد واختار المضى على الاجارة فالاجرة كلها للمولى لانه ملكها بالتعجيل أو باشتراط التعجيل وان اختار الفسخ رد النصف الى المستاجر لان الاجرة بمقابلة المنفعة ولم يسلم له الامنفعة نصف المدة وسواء كان المولى أجره بنفسه أوأذن للعبد أن يؤاجر نفسه سنة فاجر ثم أعتقه المولى فى نصف المدة لان عقده باذن المولى كعقد المولى بنفسه الاان قبض الاجرة ثم أعتقه المولى فى المدة لان اجارة المحجور وقعت فاسدة وخيار الامضاء فى العقد الفاسد لا يثبت شرعا فبطل العقد بنفس الاعتاق بخلاف الماذون ومنها بلوغ الصبى المستأجر آجره أبوه أو وصى أبيه أوجده أو وصى جده أوالقاضى أوأمينه فبلغ فى المدة فهو عذران شاء أمضى الاجارة وان شاء فسخ لان فى ابقاء العقد بعد البلوغ ضررا بالصبى لما بينا فيما تقدم فيعجز عن المضى فى موجب العقد الابضرر لم يلتزمه فكان عذرا ولوأجر واحد من هؤلاء شيأ من ماله فبلغ قبل تمام المدة لاخيار له والفرق بين اجارة النفس والمال ذكره فى كتاب البيوع ان اجارة ماله تصرف نظر فى حقه فلا يملك ابطاله بالبلوغ فاما اجارة النفس فهو فى وضعها اضرار وانما يملكها الولى أوالوصى من حيث هى تأديب وقد انقطعت ولاية التأديب بالبلوغ فاما غلاء أجر المثل فليس بعذر تنفسخ به الاجارة الافى اجارة الوقف حتى لو آجر دارا هى ملكه ثم غلا أجر مثل الدار ليس له أن يفسخ العقد الافى الوقف فانه يفسخ نظرا للوقف ويجدد العقد فى المستقبل على أجرة معلومة وفيما مضى يجب المسمى بقدره وقيل هذا اذا ازداد أجر مثل الدور فاما اذا جاء واحد وزاد فى الاجرة تعنتا على المستأجر الاول فلا يعتبر ذلك ثم انما تفسخ هذه الاجارة اذا أمكن الفسخ فامااذا لم يمكن فلا تفسخ بأن كان فى الارض زرع لم يستحصد لان فى القلع ضررا بالمستأجر فلا تفسخ بل تترك الى أن يستحصد الزرع بأجر المثل فالى وقت الزيادة يجب المسمى بقدره وبعد الزيادة الى أن يستحصد يجب أجر المثل هذا اذا غلا أجر مثل الوقف فاما اذا رخص فان الاجارة لا تفسخ لان المستأجر رضى بذلك القدر وزيادة ولان الفسخ فى الوقف عند الغلاء لمعنى النظر للوقف وفى هذا ضرر فلا تفسخ وأما العذر فى استئجار الظئر فنحو أن لا يأخذ الصبى من لبنها لانه لم يحصل بعض ما دخل تحت العقد أو يقى من لبنها لان الصبى يتضرر به أو تحبل الظئر لان لبن الحامل يضر بالصبى أو تكون سارقة لانهم يخافون على متاعهم أو تكون فاجرة بينة الفجور لانها تتشاغل بالفجور عن حفظ الصبى أو أرادوا أن يسافروا بصبيهم وأبت الظئر أن تخرج معهم لان فى الزامهم ترك المسافرة اضرارا بهم وفى ابقاء العقد بعد السفر اضرارا أيضا أو تمرض الظئر لان الصبى يتضرر بلبن المريضة والمرأة تتضرر بالارضاع فى المرض أيضا فيثبت حق الفسخ من الجانبين فان كانوا يؤذونها بالسنتهم أمروا أن يكفوا عنها فان لم يكفوا كان لها أن تخرج لان الاذية محظورة فعليهم تركها فان لم يتركوها كان فى ابقاء العقد ضرر غير ملتزم بالعقد فكان عذرا وللزوج أن يخرجها من الرضاع ان لم تكن الاجارة برضاه وقيل هو على التفصيل ان كان ممن يشينه أن ترضع زوجته فله الفسخ لانه يعير بذلك فيتضرر به وان كان ممن لا يشينه ذلك لم يكن له أن يفسخ لان المملوك له بالنكاح منافع بضعها لامنافع ثديها فكانت هى بالاجارة متصرفة فى حقها وقيل له الفسخ فى الوجهين لانها ان أرضعت الصبى فى بيتهم فللزوج أن يمنعها من الخروج من منزله وان أرضعت فى بيته فله أن يمنعها من ادخال الصبى الى بيته ثم اذا اعترض شئ من هذه الاعذار التى وصفناها فالاجارة تنفسخ بنفسها أو تحتاج الى الفسخ قال بعض مشايخنا تنفسخ بنفسها وقال بعضهم لا تنفسخ والصواب انه ينظر الى العذر ان كان يوجب العجز عن المضى فى موجب العقد شرعا بان كان المضى فيه حراما فالاجارة تنتقض بنفسها كما فى الاجارة على قلع الضرس اذا اشتكت ثم سكنت وعلى قطع اليد المتأكلة اذا برأت ونحو ذلك وان كان العذر بحيث لا يوجب العجز عن ذلك لكنه يتضمن نوع ضرر لم يوجبه العقد لا ينفسخ الا بالفسخ وهل يحتاج فيه الى فسخ القاضى أو التراضى ذكر فى الاصل وفى الجامع الصغير انه لا يحتاج اليه بل للعاقد فسخها وذكر فى الزيادات انها لا تفسخ الا بفسخ القاضى أو التراضى وجه ماذكر فى الزيادات ان هذا خيار ثبت بعد تمام العقد فاشبه الرد بالعيب بعد القبض

وجه المذكور فى الاصل والجامع الصغير ان المنافع فى الاجارة لا تملك جملة واحدة بل شيأ فشيأ فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض فى باب البيع يوجب للعاقد حق الفسخ ولا يقف ذلك على القضاء والرضا كذا هذا ومن مشايخنا من فصل فيه تفصيلا فقال ان كان العذر ظاهرا لا حاجة الى القضاء وان كان خفيا كالدين يشترط القضاء ليظهر العذر فيه ويزول الاشتباه وهذا احسن وينبغى أن يبيع المستأجر ثم ينفسخ الاجارة

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الاجارة فالاجارة عقد لازم اذا وقعت صحيحة عرية عن خيار الشرط والعيب والرؤية عند عامة العلماء فلا تفسخ من غير عذر وقال شريح انها غير لازمة وتفسخ بلا عذر لانها اباحة المنفعة فأشبهت الاعارة ولنا انها تمليك المنفعة بعوض فأشبهت البيع وقال سبحانه وتعالى أوفوا بالعقود والفسخ ليس من الايفاء بالعقد وقال عمر رضى الله عنه البيع صفقة أو خيار جعل البيع نوعين نوعا لا خيار فيه ونوعا فيه خيار والاجارة بيع فيجب أن تكون نوعين نوعا ليس فيه خيار الفسخ ونوعا فيه خيار الفسخ ولانها معاوضة عقدت مطلقة فلا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ الا عند العجز عن المضى فى موجب العقد من غير تحمل ضرر كالبيع

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الاجارة فالاجارة لا تخلو اما ان كانت صحيحة واما ان كانت فاسدة واما ان كانت باطلة أما الصحيحة فلها أحكام بعضها أصلى و بعضها من التوابع أما الحكم الاصلى فالكلام فيه فى ثلاث مواضع فى بيان أصل الحكم و فى بيان وقت ثبوته و فى بيان كيفية ثبوته أما الاول فهو ثبوت الملك فى المنفعة للمستأجر وثبوت الملك فى الاجرة المسماة للآجر لانها عقد معاوضة اذ هى بيع المنفعة والبيع عقد معاوضة فيقتضى ثبوت الملك فى العوضين وأما وقت ثبوته فالعقد لا يخلو اما ان كان عقد مطلقا عن شرط تعجيل الاجرة واما ان شرط فيه تعجيل الاجرة أو تأجيلها فان عقد مطلقا فالحكم يثبت فى العوضين فى وقت واحد فيثبت الملك للمؤاجر فى الاجرة وقت ثبوت الملك للمستأجر فى المنفعة وهذا قول أصحابنا وقال الشافعى حكم الاجارة المطلقة هو ثبوت الملك فى العوضين عقيب العقد بلا فصل وأما كيفية ثبوت حكم العقد فعندنا يثبت شيأ فشيأ على حسب حدوث محله وهو المنفعة لانها تحدث شيأ فشيأ وعنده تجعل المدة موجودة تقديرا كانها اعيان قائمة و يثبت الحكم فيها فى الحال وعلى هذا يبنى ان الاجرة لا تملك بنفس العقد المطلق عندنا وعنده تملك (وجه) قوله ان الاجارة عقد معاوضة وقد وجدت مطلقة والمعاوضة المطلقة تقتضى ثبوت الملك فى العوضين عقيب العقد كالبيع الا أن الملك لا بد له من محل يثبت فيه ومنافع المدة معلومة فى الحال حقيقة فتجعل موجودة حكما تصحيحاً للعقد وقد يجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديرا عند تحقق الحاجة والضرورة ولنا ان المعاوضة المطلقة اذا لم يثبت الملك فيها فى أحد العوضين لا يثبت فى العوض الآخر اذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة لانه لا يقابله عوض ولان المساواة فى العقود المطلقة مطلوب العاقدين ولا مساواة اذا لم يثبت الملك فى أحد العوضين والملك لم يثبت فى أحد العوضين وهو منافع المدة لانها معلومة حقيقة فلا تثبت فى الاجرة فى الحال تحقيقا للمعاوضة المطلقة فى أى وقت تثبت فقد كان أبو حنيفة أولا يقول ان الاجرة لا تجب الا بعد مضى المدة مثل استئجار الارض سنة أو عشر سنين وهو قول زفر ثم رجع هنا فقال تجب يوما فيوما وفى الاجارة على المسافة مثل ان استأجر بعيرا الى مكة ذاهبا وجائيا كان قوله الاول انه لا يلزمه تسليم الاجر حتى يعود وهو قول زفر ثم رجع وقال يسلم حالا فحالا وذكر الكرخى انه يسلم أجرة كل مرحلة اذا انتهى اليها وهو قول أبى يوسف ومحمد وجه قول أبى حنيفة الاول ان منافع المدة أو المسافة من حيث انها معقود عليها شىء واحد فما لم يستوفها كلها لا يجب شىء من بدلها كمن استأجر خياطا يخيط ثوبا فخاط بعضه انه لا يستحق الاجرة حتى يفرغ منه وكذا القصار والصباغ (وجه) قوله الثانى وهو المشهور انه ملك البدل وهو المنفعة وانها تحدث شيأ فشيأ على حسب حدوث الزمان فيملكها شيأ فشيأ على حسب حدوثها فكذا ما يقابلها فكان ينبغى أن يجب عليه تسليم الاجرة

ساعة فساعة الا أن ذلك متعذر فاستحسن فقال يوما فيوما أو مرحلة فمرحلة لانه لا يعذر فيه وروى عن أبى يوسف فيمن استأجر بعيرا الى مكة انه اذا بلغ ثلث الطريق أو نصفه أعطى من الاجر بحسابه استحسانا وذكر الكرخى ان هذا قول أبى يوسف الاخير ووجهه ان السير الى ثلث الطريق أو نصفه منفعة مقصودة فى الجملة فاذا وجد ذلك القدر يلزمه تسليم بدله وعلى هذا يخرج ما اذا أبرأ المؤاجر المستأجر من الاجر أو وهبه له أو تصدق به عليه ان ذلك لا يجوز فى قول أبى يوسف الاخير عينا كان الاجر أو دينا وقال محمد ان كان دينا جاز وجه قول أبى يوسف ظاهر خارج على الاصل وهو ان الاجرة لم يملكها المؤاجر فى العقد المطلق عن شرط التعجيل والابراء عما ليس بمملوك المبرئ لا يصح بخلاف الدين المؤجل لانه مملوك وانما التأجيل لتأخير المطالبة فيصح الابراء عنه وهبة غير المملوك لا تصح وجه قول محمد ان الابراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك مقتضى التصرف تصحيحا له كما فى قول الرجل لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فقال أعتقت والابراء اسقاط واسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب انه ان كان يعنى بالانعقاد فى حق الحكم فهو غير منعقد فى حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا وان كان يعنى شيأ آخر فهو غير معقول ولو أبرأه عن بعض الاجرة أو وهب منه جاز فى قولهم جميعا أما على أصل محمد فظاهر لانه يجوز ذلك عنده فى الكل فكذا فى البعض وأما على أصل أبى يوسف فلان ذلك حط بعض الاجرة فيلتحق الحط بأصل العقد فيصير كأنه وجد فى حال العقد بمنزلة هبة بعض الثمن فى البيع وحط الكل لا يمكن الحاقه بأصل العقد ولا سبيل الى تصحيحه للحال لعدم الملك وأما اذا كانت الاجرة عينا من الاعيان فوهبها المؤاجر للمستأجر قبل استيفاء المنافع فقد قال أبو يوسف ان ذلك لا يكون نقضا للاجارة وقال محمد ان قبل المستأجر الهبة بطلت الاجارة وان ردها لم تبطل أما أبو يوسف فقد مر على الاصل ان الهبة لم تصح لعدم الملك فالتحقت بالعدم كأنها لم توجد رأسا بخلاف المشترى اذا وهب المبيع من بائعه قبل القبض وقبله البائع ان ذلك يكون نقضا للبيع لان الهبة هناك قد صحت لصدورها من المالك فثبت الملك للبائع فانفسخ البيع وأما محمد فانه يقول الاجرة اذا كانت عينا كانت فى حكم المبيع لان ما يقابلها هو فى حكم الاعيان والمشترى اذا وهب المبيع قبل القبض من البائع فقبله البائع يبطل البيع كذا هذا واذا رد المستأجر الهبة لا تبطل الاجارة لان الهبة لا تتم الا بالقبول فاذا رد بطلت والتحقت بالعدم وعلى هذا اذا صارف المؤاجر المستأجر بالاجرة فأخذ بها دينارا بأن كانت الاجرة دراهم ان العقد باطل عند أبى يوسف فى قوله الاخير وكان قوله الاول انه جائز وهو قول محمد فأبو يوسف مر على الاصل فقال الاجرة لم تجب بعقد الاجارة وما وجب بعقد الصرف لم يوجد فيه التقابض فى المجلس فيبطل العقد فيه كمن باع دينارا بعشرة فلم يتقابضا ولانه يشترى الدينار بدراهم فى ذمته ثم يجعلها قصاصا بالاجرة ولا أجرة له فيبقى ثمن الصرف فى ذمته فاذا افترقا قبل القبض بطل الصرف ومحمد يقول اذا لم يجز الصرف الا ببدل واجب ولا وجوب الا بشرط التعجيل ثبت الشرط مقتضى اقدامهما على الصرف ولو شرطا تعجيل الاجرة ثم تصارفا جاز كذا هذا ولو اشترى المؤاجر من المستأجر عينا من الاعيان بالاجرة جاز فى قولهم لان العقد على الاعيان والهبة جائزان فالرهن والكفالة أولى وأما على أصل أبى يوسف فأما الكفالة فلان جوازها لا يستدعى قيام الدين للحال بدليل انه لو كفل بما يذوب له على فلان جازت وكذلك الكفالة بالدرك جائزة وكذلك الرهن بدين لم يجب جائز كالرهن بالثمن فى البيع المشروط فيه الخيار ولان الكفالة والرهن شرعا للتوثق والتوثق ملائم للاجر هذا اذا وقع العقد مطلقا عن شرط تعجيل الاجرة فأما اذا شرط فى تعجيلها ملكت بالشرط ووجب تعجيلها فالحاصل ان الاجرة لا تملك عندنا الا بأحد معان ثلاثة أحدها شرط التعجيل فى نفس العقد والثانى التعجيل من غير شرط والثالث استيفاء المعقود عليه أما ملكها بشرط التعجيل فلان ثبوت الملك فى العوضين فى زمان واحد لتحقيق

معنى المعاوضة المطلقة وتحقيق المساواة التى هى مطلوب العاقدين ومعنى المعاوضة والمساواة لا يتحقق الا فى ثبوت الملك فيهما فى زمان واحد فاذا شرط التعجيل فلم توجد المعاوضة المطلقة بل المقيدة بشرط التعجيل فيجب اعتبار شرطهما لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم فيثبت الملك فى العوض قبل ثبوته فى المعوض ولهذا صح التعجيل فى ثمن المبيع وان كان اطلاق العقد يقتضى الحلول كذا هذا وللمؤجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفى الاجرة كذا ذكر الكرخى فى جامعه لان المنافع فى باب الاجارة كالمبيع فى باب البيع والاجرة فى الاجارات كالثمن فى البياعات وللبائع حبس المبيع الى أن يستوفى الثمن فكذا للمؤاجر حبس المنافع الى أن يستوفى الاجرة المعجلة فان قيل لا فائدة فى هذا الحبس لان الاجارة اذا وقعت على مدة فاذا حبس المستأجر مدة بطلت الاجارة فى تلك المدة ولا شئ فيها من الاجرة فلم يكن الحبس مفيدا فالجواب ان الحبس مفيد لانه يحبس و يطالب بالاجرة فان عجل والا فسخ العقد فكان فى الحبس فائدة على أن هذا لا يلزم فى الاجارة على المسافة بأن أجر دابة مسافة معلومة لان العقد ههنا لا يبطل بالحبس وكذا هذا و يبطل ببيع ما يتسارع اليه الفساد كالسمك الطرى ونحوه اذ للبائع حبسه حتى يستوفى الثمن وان كان يؤدى الى ابطال البيع بهلاك المبيع قبل القبض وان وقع الشرط فى عقد الاجارة على أن لا يسلم المستاجر الاجر الا بعد انقضاء مدة الاجارة فهو جائز وأما على قول أبى حنيفة الاول فظاهر لان الاجرة لا تجب الا فى آخر المدة فاذا شرط كان هذا شرطا مقررا مقتضى العقد فكان جائزا وأما على قوله الآخر فالاجرة وان كانت تجب شيأ فشيأ فقد شرط تأجيل الاجرة والاجرة كالثمن فتحتمل التأجيل كالثمن وأما اذا عجل الاجرة من غير شرط فلانه لما عجل الاجرة فقد غير مقتضى مطلق العقد وله هذه الولاية لان التاخير ثبت حقا له فيملك ابطاله بالتعجيل كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله ولان العقد سبب استحقاق الاجرة فالاستحقاق وان لم يثبت فقد انعقد سببه وتعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب جائز كتعجيل الكفارة بعد الجرح قبل الموت وأما اذا استوفى المعقود عليه فلانه يملك المعوض فيملك المؤاجر العوض فى مقابلته تحقيقا للمعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقدين فى حكم العقد المطلق وعلى هذا الاصل تبنى الاجارة المضافة الى زمان فى المستقبل بان قال أجرتك هذه الدار غدا أو رأس شهر كذا أو قال أجرتك هذه الدار سنة أولها غرة شهر رمضان انها جائزة فى قول أصحابنا وعند الشافعى لا تجوز وجه البناء ان الاجارة بيع المنفعة وطريق جوازها عنده أن يجعل منافع المدة موجودة تقديرا عقيب العقد تصحيحا له اذ لا بد وأن يكون محل حكم العقد موجودا ليمكن اثبات حكمه فيه فجعلت المنافع موجودة حكما كأنها أعيان قائمة بنفسها واضافة البيع الى عين ستوجد لا تصح كما فى بيع الاعيان حقيقة وأما عندنا فالعقد ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث المعقود عليه شيأ فشيأ وهو المنفعة فكان العقد مضافا الى حين وجود المنفعة من طريق الدلالة فالتنصيص على الاضافة يكون مقررا مقتضى العقد الا أنا جوزنا الاضافة فى الاجارة دون البيع للضرورة لان المنفعة حال وجودها لا يمكن انشاء العقد عليها فدعت الضرورة الى الاضافة ولا ضرورة فى بيع العين لامكان ايقاع العقد عليها بعد وجودها لكونها محتملة للبقاء فلا ضرورة الى الاضافة وطريقنا أولى لان جعل المعدوم موجودا تقدير للمحال وتقدير المحال محال ولا احالة فى الاضافة الى زمان فى المستقبل فان كثيرا من التصرفات تصح مضافة الى المستقبل كالطلاق والعتاق ونحوهما فكان الصحيح ما قلنا وأما الاحكام التى هى من التوابع فكثيرة بعضها يرجع الى الآجر والمستاجر مما عليهما ولهما وبعضها يرجع الى صفة المستأجر والمستأجر فيه أما الاول فجملة الكلام فيه ان عقد الاجارة لا يخلو اما ان شرط فيه تعجيل البدل أو تاجيله واما ان كان مطلقا عن شرط التعجيل والتاجيل فان شرط فيه تعجيل البدل فعلى المستاجر تعجيلها والابتداء بتسليمها سواء كان ما وقع عليه الاجارة شيأ ينتفع بعينه كالدار والدابة وعبد الخدمة أو كان صانعا أو عاملا ينتفع بصنعته أو عمله كالخياط والقصار والصباغ والاسكاف لانهما لما شرطا تعجيل البدل لزم اعتبار شرطهما لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وملك

الآجر البدل حتى تجوز له هبته والتصدق به والابراء عنه والشراء والرهن والكفالة وكل تصرف يملك البائع في الثمن في باب البيع وللمؤاجر أن يمتنع عن تسليم المستأجر في الاشياء المنتفع باعيانها حتى يستوفى الاجرة وكذا للاجير الوحد أن يمتنع عن تسليم النفس وللاجير المشترك أن يمتنع عن ايفاء العمل قبل استيفاء الاجرة في الاجارة كالثمن في البياعات وللبائع حبس المبيع الى أن يستوفى الثمن اذا لم يكن مؤجلا كذا ههنا وان شرط فيه تأجيل الاجرة يبتدأ بتسليم المستاجر وايفاء العمل وانما يجب بتسليم البدل عند انقضاء الاجل لان الاصل في الشروط اعتبارها الحديث الذي روينا وان كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل والتأجيل يبتدأ بتسليم ماوقع عليه العقد في نوعى الاجارة فيجب على المؤاجر تسليم المستاجر وعلى الاجير تسليم النفس أو ايفاء العمل أولا عندنا خلافا للشافعي لان الاجرة لا تجب عندنا بالعقد المطلق وعنده تجب والمسئلة قدمرت غير ان في النوع الاول وهو الاجارة على الاشياء المنتفع باعيانها اذا سلم المستأجر لا يجب على المستأجر تسليم البدل كله للحال بل على حسب استيفاء المنفعة شيأ فشيأ حقيقة أو تقديرا بالتمكن من الاستيفاء في قول أبي حنيفة الآخر وللمؤاجر أن يطالبه بالاجرة بمقدار ذلك يوما فيوما في الاجارة على العقار ونحوه ومرحلة مرحلة في الاجارة على المسافة ولكن يخير المكارى على الحمل الى المكان المشروط اذ لو لم يخير لتضرر المستأجر وفي قوله الاول وهو قول أبي يوسف ومحمد لا يجب تسليم شئ من البدل الا عند انتهاء المدة أو قطع المسافة كلها في الاجارة على قطع المسافة وقد ذكرنا وجه القولين فيما تقدم وأما في النوع الآخر وهو استئجار الصناع والعمل فلا يجب تسليم شئ من البدل الا عند انتهاء المدة أو قطع المسافة بعد الفراغ من العمل بلا خلاف حتى قالوا في الحمال مالم يحط المتاع من رأسه لا يجب الاجر لان الحط من تمام العمل وهكذا قال أبو يوسف في الحمال يطلب الاجرة بعدما بلغ المنزل قبل أن يضعه انه ليس له ذلك لان الوضع من تمام العمل والفرق ان كل جزء من العمل في هذا النوع غير مقصود لانه لا ينتفع ببعضه دون بعض فكان الكل كشئ واحد فما لم يوجد لا يقابله البدل بلا خلاف بخلاف النوع الاول على قول أبي حنيفة الآخر لان كل جزء من السكنى وقطع المسافة مقصود فيقابل بالاجرة ثم في النوع الآخر اذا أراد الاجير حبس العين بعد الفراغ من العمل لاستيفاء الاجرة هل له ذلك ينظر ان كان لعمله أثر ظاهر في العين كالخياط والقصار والصباغ والاسكاف له ذلك لان ذلك الاثر هو المعقود عليه وهو صيرورة الثوب مخيطا مقصورا وانما العمل يحصل ذلك الاثر عادة والبدل يقابل ذلك الاثر فكان كالمبيع فكان له أن يحبسه لاستيفاء الاجرة كالمبيع قبل القبض انه يحبس لاستيفاء الثمن اذا لم يكن الثمن مؤجلا ولو هلك قبل التسليم تسقط الاجرة لانه مبيع هلك قبل القبض وهل يجب الضمان فعند أبي حنيفة لا يجب وعندهما يجب لانه يجب قبل الحبس عندهما فبعد الحبس أولى والمسئلة تاتى في موضعها ان شاء الله تعالى وان لم يكن لعمله أثر ظاهر في العين كالحمال والملاح والمكارى ليس له أن يحبس العين لان مالا أثر له في العين فالبدل انما يقابل نفس العمل الا أن العمل كله كشئ واحد اذ لا ينتفع ببعضه دون بعض فكما فرغ حصل في يد المستاجر فلا يملك حبسه عنه بعد طلبه كاليد المودعة ولهذا لا يجوز حبس الوديعة بالدين ولو حبسه فهلك قبل التسليم لا تسقط الاجرة لما ذكرنا انه كما وقع في العمل حصل مسلما الى المستأجر لحصوله في يده فتقررت عليه الاجرة فلا تحتمل السقوط بالهلاك ويضمن لانه حبسه بغير حق فصار غاصبا بالحبس ونص محمد على الغصب فقال فان حبس الحمال المتاع في يده فهو غاصب ووجهه ماذكرنا ان العين كانت أمانة في يده فاذا حبسها بدينه فقد صار غاصبا كما لو حبس المودع الوديعة بالدين هذا الذي ذكرنا ان العمل لا يصير مسلما الى المستأجر الا بعد الفراغ منه حتى لا يملك الاجير المطالبة بالاجرة قبل الفراغ اذا كان المعمول فيه في يد الاجير فان كان في يد المستأجر فقدر ما أوقعه من العمل فيه يصير مسلما الى المستأجر قبل الفراغ منه حتى يملك المطالبة بقدره من المدة بان استأجر رجلا ليبنى له بناء في ملكه أو فيما في يده بان استأجره ليبنى له بناء في داره أو يعمل له ساباطا أو جناحا أو يحفر له بئرا أو قناة

او

أونهراً أوما أشبه ذلك فى ملكه أوفيما فى يده فعمل بعضه فله أن يطالبه بقدره من الاجرة لكنه يجبر على الباقى حتى لو انهدم البناء أوانهارت البئر أو وقع فيها الماء والتراب وسواها مع الارض أوسقط الساباط فله أجر ما عمله بحصته لانه اذا كان فى ملك المستأجر أوفى يده فكما عمل شيأ حصل فى يده قبل هلاكه وصار مسلما اليه فلا يسقط بدله بالهلاك ولو كان غيرذلك فى غير ملكه و يده ليس له أن يطلب شيأ من الاجرة قبل الفراغ من عمله وتسليمه اليه حتى لوهلك قبل التسليم لا يجب شىء من الاجرة لانه اذا لم يكن فى ملكه ولا فى يده توقف وجوب الاجرة فيه على الفراغ والتمام وقال الحسن بن زياد اذا أراه موضعا من الصحراء يحفر فيه بئرا فهو بمنزلة ماهو فى ملكه و يده وقال فى آخر الكلام وهذا قياس قول أبى حنيفة وقال محمد لا يكون قابضا الا بالتخلية وان أراه الموضع وهو الصحيح لان ذلك الموضع بالتعيين لم يصر فى يده فلا يصير عمل الاجير فيه مسلما له وان كان ذلك فى غير ملك المستأجر و يده فعمل الاجير بعضه والمستأجر قريب من العامل فخلى الاجير بينه و بينه فقال المستأجر لا أقبضه منك حتى يفرغ فله ذلك لان قدر ما عمل لم يصر مسلما اذا لم يكن فى ملك المستأجر ولا فى يده لانه لا ينتفع ببعض عمله دون بعض فكان للمستاجر أن يمتنع من التسليم حتى يتمه ولواستأجر لبانا ليضرب له لبنا فى ملكه أوفيما فى يده لا يستحق الاجرة حتى يجف اللبن و ينصبه فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد حتى يجف أو ينصبه و يشرجه ولا خلاف فى انه اذا ضربه ولم يقمه انه لا يستحق الاجرة لانه مالم يقلبه عن مكانه فهو أرض فلا يتناوله اسم اللبن والخلاف بينهم يرجع الى أنه هل يصير قابضا له بالاقامة أولا يصير الا بالتشريج فعلى قول أبى حنيفة يصير قابضا له بنفس الاقامة لان نفس الاقامة من تمام هذا العمل فيصير اللبن مسلما اليه بها وعلى قولهما لا يصير قابضا مالم يشرج لان تمام العمل به حتى لوهلك قبل النصب فى قول أبى حنيفة وقبل التشريج فى قولهما فلا أجر له لانه هلك قبل تمام العمل على اختلاف الاصلين ولوهلك بعده فله الاجر لان العمل قدتم فصار مسلما اليه لكونه فى ملكه أو فى يده فهلاكه بعد ذلك لا يسقط البدل وجه قولهما ان الامن عن الفساد يقع بالتشريج ولهذا جرت العادة بين الناس ان اللبان هو الذى يشرج ليؤمن عليه الفساد فكان ذلك من تمام العمل كاخراج الخبزمن التنور ولابى حنيفة ان المستأجر له ضرب اللبن ولما جف ونصبه فقد وجد ماينطلق عليه اسم اللبن وهوفى يده أوفى ملكه فصار قابضا له فاما التشريج فعمل زائد لم يلزمه العامل بمنزلة النقل من مكان الى مكان فلا يلزمه ذلك وان كان ذلك فى غير ملكه و يده لم يستحق الاجرة حتى يسلمه وهو أن يخلى الاجير بين اللبن و بين المستأجر لكن ذلك بعد ما نصبه عند أبى حنيفة وعندهما بعد ماشرجه وروى ابن سماعة عن محمد فى رجل استأجر خبازا ليخبزله قفيزا من دقيق بدرهم فخبز فاحترق الخبز فى التنور قبل أن يخرجه أو ألزقه فى التنور ثم أخذه ليخرجه فوقع من يده فى التنور فاحترق فلا أجرة له لانه هلك قبل تمام العمل لان عمل الخبز لا يتم الا بالاخراج من التنور فلم يكن قبل الاخراج خبزا فصار كهلاك اللبن قبل أن يتمه قال ولوأخرجه من التنور ووضعه وهو يخبز فى منزل المستأجر فاحترق من غير جنايته فله الاجر ولا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة أما استحقاق الاجر فلانه فرغ من العمل باخراج الخبزمن التنور وحصل مسلما الى المستأجر لكونه فى ملك المستأجر وأما عدم وجوب الضمان فلان الهلاك من غيرصنع الاجير المشترك لا يتعلق به الضمان عنده وأما على قول من يضمن الاجير المشترك فانه ضامن له دقيقا مثل الدقيق الذى دفعه اليه ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزا وأعطاه الاجر لان قبض الاجير قبض مضمون عندهما فلا يبرأ عن الضمان بوضعه فى منزل مالكه وانما يبرأ بالتسليم كالغاصب اذا وجب الضمان عليه عندهما فصاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا وأسقط الاجر لانه لم يسلم اليه العمل وان شاء ضمنه خبزا فصار العمل مسلما اليه فوجب الاجر عليه قال ولا أضمنه القصب ولا الملح لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحين وجب الضمان عليه لا قيمة له لان القصب صار رمادا والملح صار ماء وكذلك الخياط الذى يخيط له فى منزله قميصا فان خاط له بعضه لم يكن له أجرته لان هذا العمل لا ينتفع ببعضه دون بعضه فلا تلزم الاجرة

الا بتمامه فاذا فرغ منه ثم هلك فله الاجرة فى قول أبى حنيفة لان العمل حصل مسلما اليه لحصوله فى ملكه وأما على قولهما فالعين مضمونة فلا يبرأ عن ضمانها الا بتسليمها الى مالكها فان هلك الثوب فان شاء ضمنه قيمته صحيحا ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته مخيطا وله الاجر لما بينا ولو استاجر حمالا ليحمل له دنا من السوق الى منزله فحمله حتى اذا بلغ باب درب الذى استاجره كسره انسان فلا ضمان على الحامل فى قول أبى حنيفة وله الاجر وهو على ما ذكرنا ان العمل اذا لم يكن له أثر ظاهر فى العين كما وقع حصل مسلما الى المستاجر وذكر ابن سماعة عن محمد فى رجل دفع ثوبا الى خياط يخيطه بدرهم فمضى فخاطه ثم جاء رجل ففتقه قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر للخياط لان المنافع هلكت قبل التسليم فسقط بدلها قال ولا أجبر الخياط على أن يعيد [illegible] لانه لما فرغ من العمل فقد انتهى العقد فلا يلزمه العمل ثانيا وان كان الخياط هو الذى فتق الثوب عليه أن يعيد [illegible] فتقه فقد فسخ المنافع التى عملها فكانه لم يعمل رأسا واذا فتقه الاجنبي فقد أتلف المنافع بدليل انه يجب عليه الضمان [illegible] الملاح اذا حمل الطعام الى موضع فرد السفينة انسان فلا أجر للملاح وليس عليه أن يعيد السفينة فان كان الملاح هو الذى ردها لزمه اعادة الحمل الى الموضع الذى شرط عليه لما قلنا وان كان الموضع الذى رجعت اليه السفينة لا [illegible] الطعام على قبضه فعلى الملاح أن يسلمه فى موضع يقدر رب الطعام على قبضه و يكون له أجر مثله فيما سار فى [illegible] لانا لو جوزنا للملاح تسليمه فى مكان لا ينتفع به لتلف المال على صاحبه ولو كلفناه حمله بالاجر الى أقرب المواضع التى يمكن القبض فيه فقد راعينا الحقين قالوا ولو اكترى بغلا الى موضع يركبه فلما سار الى بعض الطريق جمح به فرده الى موضعه الذى خرج منه فعليه الكراء بقدر ما سار لانه استوفى ذلك القدر من المنافع فلا يسقط عنه الضمان وقال فى الجامع الصغير عن أبى حنيفة فى رجل استأجر رجلا يذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد فلانا قد مات فجاء بمن بقى قال له من الاجر بحسابه وعن أبى حنيفة فى رجل استأجر رجلا يذهب بكتابه الى البصرة الى فلان و يجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا قد مات فرد الكتاب فلا أجر له وهو قول أبى يوسف وقال محمد له الاجر فى الذهاب أما فى المسئلة الاولى فلان مقصوده حمل العيال فاذا حمل بعضهم دون بعض كان له من الاجر بحساب ما حمل وأما فى الثانية فوجه قول محمد ان الاجر مقابل بقطع المسافة لا بحمل الكتاب لانه لا حمل له ولا مؤنة وقطع المسافة فى الذهاب وقع على الوجه المأمور به فيستحق حصته من الاجر وفى العود لم يقع على الوجه المأمور به فلا يجب به شيء ولهما أن المقصود من حمل الكتاب ايصاله الى فلان ولم يوجد فلا يجب شيء على أن المقصود وان كان نقل الكتاب لكنه اذا رده فقد نقض تلك المنافع فبطل الاجر كما لو استأجره ليحمل طعاما الى البصرة الى فلان فحمله فوجده قد مات فرده انه لا أجر له لما قلنا كذا هذا وللمستأجر فى اجارة الدار وغيرها من العقار أن ينتفع بها كيف شاء بالسكنى ووضع المتاع وان يسكن بنفسه و بغيره وأن يسكن غيره بالاجارة والاعارة الا أنه ليس له أن يجعل فيها حدادا ولا قصارا ونحو ذلك مما يوهن البناء لما بينا فيما تقدم ولو أجرها المستأجر باكثر من الاجرة الاولى فان كانت الثانية من خلاف جنس الاولى طابت له الزيادة وان كانت من جنس الاولى لا تطيب له حتى يزيد فى الدار زيادة من بناء أو حفر أو تطيين أو تجصيص فان لم يزد فيه شيأ فلا خير فى الفضل و يتصدق به لكن تجوز الاجارة أما جواز الاجارة فلا شك فيه لان الزيادة فى عقد لا يعتبر فيه المساواة بين البدل والمبدل لا تمنع صحة العقد وههنا كذلك فيصح العقد وأما التصدق بالفضل اذا كانت الاجرة الثانية من جنس الاولى فلان الفضل ربح ما لم يضمن لان المنافع لا تدخل فى ضمان المستأجر بدليل انه لو هلك المستأجر فصار بحيث لا يمكن الانتفاع به كان الهلاك على المؤاجر وكذا لو غصبه غاصب فكانت الزيادة ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فان كان هناك زيادة كان الربح فى مقابلة الزيادة فيخرج من أن يكون ربحا ولو كنس البيت فلا يعتبر ذلك لانه ليس بزيادة فلا تطيب به زيادة الاجر وكذا فى اجارة الدابة اذا زاد فى الدابة جوالق أو لجاما أو ما أشبه ذلك يطيب له الفضل لما بينا فان علفها لا يطيب له لان الاجرة لا يصير

شيء

شى [illegible] له أن يركب غيره وان فعل ضمن وكذا اذا استأجر ثوبا ليلبسه ليس له أن يلبسه غيره وان فعل ضمن لان الناس متفاوتون فى الركوب واللبس فان أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه ان أصابه شىء لانه غاصب فى الباسه غيره وان لم يصبه شىء فلا أجر له لان المعقود عليه ما يصير مستوفيا بلبسه فما يكون مستوفى بلبس غيره لا يكون معقودا عليه واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب البدل ألا يرى انه لو استأجر ثوبا بعينه ثم غصب منه ثوبا آخر فلبسه لم يلزمه الاجر فكذلك اذا ألبس ذلك الثوب غيره لان تعيين اللابس كتعيين الملبوس فان قيل هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه وذلك لا يكفى لوجوب الاجر عليه كما لو وضعه فى بيته ولم يلبسه قلنا تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده فاذا وضعه فى بيته فيده عليه معتبرة ولهذا لو هلك لم يضمن فاما اذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكما ألا ترى انه ضامن وان هلك من غير اللبس فان يد اللابس عليه معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس ولا يكون الا بطريق تفويت يده حكما فلهذا لا يلزمه الاجر وان سلم وان كان استأجره ليلبس يوما الى الليل ولم يسم من يلبسه فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فان اللبس يختلف باختلاف اللابس وباختلاف الملبوس وكما أن ترك التعيين فى الملبوس عند العقد يفسد العقد فكذلك ترك تعيين اللابس وهذه جهالة تفضى الى المنازعة لان صاحب الثوب يطالبه بالباس أرفق الناس فى اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس الا أحسن الناس فى ذلك ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد وان اختصما فيه قبل اللبس فسدت الاجارة وان لبسه هو وأعطاه غيره فلبسه الى الليل فهو جائز وعليه الاجر استحسانا والقياس عليه أجر المثل وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها أو للعمل ولم يسم من يعمل عليها فعمل عليها الى الليل فعليه المسمى استحسانا وفى القياس عليه أجر المثل لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد وجه الاستحسان أن المفسد وهو الجهالة التى تفضى الى المنازعة قد زال وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد وهذا لان الجهالة فى المعقود عليه وعقد الاجارة فى حق المعقود عليه كالمضاف وانما يتجدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك ووجوب الاجر عند ذلك أيضا فلهذا أوجبنا المسمى وجعلنا التعيين فى الانتهاء كالتعيين فى الابتداء ولا ضمان عليه ان ضاع منه لانه غير مخالف سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف الاول فقد عين هناك لبسه عند العقد فيصير مخالفا بالباس غيره واذا استأجر قميصا ليلبسه يوما الى الليل فوضعه فى منزله حتى جاء الليل فعليه الاجر كاملا لان صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب اليه وما زاد على ذلك ليس فى وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لان العقد انتهى بمضى المدة والاذن فى اللبس كان بحكم العقد ولو استأجر دابة ليركبها أو ثوبا ليلبسه لا يجوز له أن يؤاجر غيره للركوب واللبس لما قلنا ولو باع المؤاجر الدار المستأجرة بعد ما أجرها من غير عذر ذكر فى الاصل أن البيع لا يجوز وذكر فى بعض المواضع أن البيع موقوف وذكر فى بعضها أن البيع باطل والتوفيق ممكن لان فى معنى قوله لا يجوز أى لا ينفذ وهذا لا يمنع التوقف وقوله باطل أى ليس له حكم ظاهر للحال وهو تفسير التوقف والصحيح انه جائز فى حق البائع والمشترى موقوف فى حق المستأجر حتى اذا انقضت المدة يلزم المشترى البيع وليس له أن يمتنع من الاخذ وليس للبائع أن يأخذ المبيع من يد المستأجر من غير اجازة البيع فان أجاز جاز وان أبى فللمشترى أن يفسخ البيع ومتى فسخ لا يعود جائزا بعد انقضاء مدة الاجارة وهل يملك المستاجر فسخ هذا البيع ذكر فى ظاهر الرواية انه لا يملك الفسخ حتى لو فسخ لا ينفسخ حتى اذا مضت مدة الاجارة كان للمشترى أن يأخذ الدار وروى الطحاوى عن أبى حنيفة ومحمد أن له أن ينقض البيع واذا نقضه لا يعود جائزا وروى عن أبى يوسف أنه ليس للمستأجر نقض البيع والاجارة كالعيب فان كان المشترى عالما بها وقت الشراء وقعت الاجارة لازمة وان لم يكن عالما بها وقت الشراء فهو بالخيار ان شاء نقض البيع لاجل العيب وهو الاجارة وان شاء أمضاه وهذا كله مذهب أصحابنا وقال الشافعى البيع نافذ من غير اجازة المستأجر وجه قوله ان البيع صادف

محله لان الرقبة ملك المؤاجر وانما حق المستأجر فى المنفعة ومحل البيع العين ولا حق المستأجر فيها ولنا ان البائع غير قادر على تسليمه لتعلق حق المستأجر به وحق الانسان يجب صيانته عن الابطال ما أمكن وأمكن ههنا بالتوقف فى حقه فقلنا بالجواز فى حق المشترى و بالتوقف فى حق المستأجر صيانة للحقين ومراعاة للجانبين وعلى هذا اذا أجر داره ثم أقر بها لانسان ان اقراره ينفذ فى حق نفسه ولا ينفذ فى حق المستأجر بل يتوقف الى أن تمضى مدة الاجارة فاذا مضت نفذ الاقرار فى حقه أيضاً فيقضى بالدار للمقر له وهذا بخلاف ما اذا أجر داره من انسان ثم أجر من غيره ان الاجارة الثانية تكون موقوفة على اجازة المستأجر الاول فان أجازها جازت وان أبطلها بطلت وههنا ليس للمستأجر أن يبطل البيع و وجه الفرق ان عقد الاجارة يقع على المنفعة اذ هو تمليك المنفعة والمنافع ملك المستأجر الاول فتجوز باجازته وتبطل بابطاله فاما الاقرار فانما يقع على العين والعين ملك المؤاجر لكن للمستأجر فيها حق فاذا زال حقه بتقديم المستأجر الاول اذا أجاز الاجارة الثانية حتى نفذت كانت الاجرة له لا لصاحب الدار وفى البيع يكون الثمن لصاحب الملك و وجه الفرق على نحو ما ذكرنا لان الاجارة وردت على المنفعة وانها ملك المستأجر الاول فاذا أجاز كان بدلها له فاما الثمن فانه بدل العين والعين ملك المؤاجر فكان بدلها له و بالاجارة لا ينفسخ عقد المستأجر الاول ما لم تمض مدة الاجارة الثانية فاذا مضت فان كانت مدتهما واحدة تنقضى المدتان جميعا وان كانت مدة الثانية أقل فللاول أن يسكن حتى تتم المدة وكذلك لو رهنها المؤاجر قبل انقضاء مدة الاجارة ان العقد جائز فيما بينه و بين المرتهن موقوف فى حق المستأجر لتعلق حقه بالمستأجر وله أن يحبس حتى تنقضى مدته وعلى هذا بيع المرهون من الراهن انه جائز بين البائع والمشترى موقوف فى حق المرتهن وله ان يحبسه حتى يستوفى ماله فاذا افتكها الراهن يجب عليه تسليم الدار الى المشترى كما فى الاجارة الا ان ههنا اذا أجاز المرتهن البيع حتى جاء وسلم الدار الى المشترى فالثمن يكون رهنا عند المرتهن قائما مقام الدار لان حق حبس العين كان ثابتا له ما دامت فى يده و بدل العين قائم مقام العين فثبت له حق حبسه وفرق القدورى بين الرهن والاجارة فقال فى الرهن للمرتهن ان يبطل البيع وليس للمستأجر ذلك لان حق المستأجر فى المنفعة لا فى العين فكان الفسخ منه تصرفا فى محل حق الغير فلا يملكه وأما حق المرتهن فتعلق بعين المرهون الا ترى انه يصير به مستوفيا للدين فكان الفسخ منه تصرفا فى محل حقه فيملك والله عز وجل اعلم وللاجير ان يعمل بنفسه واجرائه اذا لم يشترط عليه فى العقد ان يعمل بيده لان العقد وقع على العمل والانسان قد يعمل بنفسه وقد يعمل بغيره ولان عمل أجرائه يقع له فيصير كانه عمل بنفسه الا اذا شرط عليه عمله بنفسه لان العقد وقع على عمل من شخص معين والتعيين مفيد لان العمال متفاوتون فى العمل فيتعين فلا يجوز تسليمها من شخص آخر من غير رضا المستأجر كمن استأجر جملا بعينه للحمل لا يجبر على أخذ غيره ولو استأجر على الحمل ولم يعين جملا كان للمكارى ان يسلم اليه أى جمل شاء كذا ههنا وتطيين الدار واصلاح ميزابها وما وهى من بنائها على رب الدار دون المستأجر لان الدار ملكه واصلاح الملك على المالك لكن لا يجبر على ذلك لان المالك لا يجبر على اصلاح ملكه وللمستأجر ان يخرج ان لم يعمل المؤاجر ذلك لانه عيب بالمعقود عليه والمالك لا يجبر على ازالة العيب عن ملكه لكن للمستأجر ان لا يرضى بالعيب حتى لو كان استأجر وهى كذلك ورآها فلا خيار له لانه رضى بالمبيع المعيب واصلاح دلو الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار ولا يجبر على ذلك وان كان امتلأ من فعل المستأجر لما قلنا وقالوا فى المستأجر اذا انقضت مدة الاجارة وفى الدار تراب من كنسه فعليه ان يرفعه لانه حدث بفعله فصار كتراب وضعه فيها وان امتلأ خلاها ومجراها من فعله فالقياس ان يكون عليه نقله لانه حدث بفعله فيلزمه نقله كالكناسة والرماد الا انهم استحسنوا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة اذ العادة بين الناس ان ما كان مغيبا فى الارض فنقله على صاحب الدار فحملوا ذلك على العادة فان أصلح المستأجر شيأ من ذلك

لم يحتسب له بما أنفق لانه أصلح ملك غيره بغير أمره ولا ولاية عليه فكان متبرعا وقبض المستأجر على المؤاجر حتى لو استأجر دابة ليركبها فى حوائجه فى المصر وقتا معلوما فمضى الوقت فليس عليه تسليمها الى صاحبها بأن يمضى بها اليه وعلى الذى أجرها ان يقبض من منزل المستأجر لان المستأجر وان انتفع بالمستأجر لكن هذه المنفعة انما حصلت له بعوض حصل للمؤجر فبقيت العين أمانة فى يده كالوديعة ولهذا لا يلزمه نفقتها فلم يكن عليه ردها كالوديعة حتى لو أمسكها اياما فهلكت فى يده لم يضمن شيأ سواء طلب منه المؤاجر ام لم يطلب لانه لم يلزمه الرد الى بيته بعد الطلب فلم يكن متعديا فى الامساك فلا يضمن كالمودع اذا امتنع عن رد الوديعة الى بيت المودع حتى هلكت وهذا بخلاف المستعار ان رده على المستعير لان نفعه له على الخلوص فكان رده عليه لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ولهذا كانت نفقته عليه فكذا مؤنة الرد فان كان استأجرها من موضع مسمى فى المصر ذاهبا وجائيا فان على المستأجر ان يأتى بها الى ذلك الموضع الذى قبضها فيه لا لان الرد واجب عليه بل لاجل المسافة التى تناولها العقد لان عقد الاجارة لا ينتهى الا برده الى ذلك الموضع فان حملها الى منزله فامسكها حتى عطبت ضمن قيمتها لانه تعدى فى حملها الى غير موضع العقد فان قال المستأجر اركبها من هذا الموضع الى موضع كذا وارجع الى منزلى فليس على المستأجر ردها الى منزل المؤاجر لانه لما عاد الى منزله فقد انقضت مدة الاجارة فبقيت أمانة فى يده ولم يتبرع المالك بالانتفاع بها فلا يلزم ردها كالوديعة وليس للظئران تأخذ صبيا آخر فترضعه مع الاول فان اخذت صبيا آخر فارضعته مع الاول فقد أساءت وأثمت ان كانت قد أضرت بالصبي ولها الاجر على الاول والآخر (أما) الاثم فلانه قد استحق عليها كمال الرضاع ولما أرضعت صبيين فقد أضرت بأحدهما لنقصان اللبن (وأما) استحقاق الاجرة فلان الداخل تحت العقد الارضاع مطلقا وقد وجد وللمسترضع ان يستأجر ظئرا آخر لقوله عز وجل وان أردتم ان تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف نفى الجناح عن المسترضع مطلقا فان أرضعته الاخرى فلها الاجرى أيضا فان استأجرت الظئر ظئرا أخرى فارضعته أو دفعت الصبي الى جارية لها فارضعته فلها الاجر استحسانا والقياس أن لا يكون لها الاجر وجه القياس ان العقد وقع على عملها فلا تستحق الاجر بعمل غيرها كمن استأجر أجيرا ليعمل بنفسه فامر غيره فعمل لم يستحق الاجرة فكذا هذا وجه الاستحسان ان ارضاعها قد يكون بنفسها وقد يكون بغيرها لان الانسان تارة يعمل بنفسه وتارة بغيره ولان الثانية لما عملت بامر الاولى وقع عملها للاولى فصار كانها عملت بنفسها هذا اذا أطلق فاما اذا قيد ذلك بنفسها ليس لها ان تسترضع أخرى لان العقد أوجب الارضاع بنفسها فان استأجرت أخرى فارضعته لا تستحق الاجر كما قلنا فى الاجارة على الاعمال وليس للمسترضع ان يحبس الظئر فى منزله اذا لم يشترط ذلك عليها ولها ان تأخذ الصبي الى منزلها لان المكان لم يدخل تحت العقد وليس على الظئر طعام الصبي ودواؤه لان ذلك لم يدخل فى العقد وما ذكره فى الاصل ان على الظئر ما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن فذلك محمول على العادة وقد قالوا فى توابع العقود التى لا ذكر لها فى العقود انها تحمل على عادة كل بلد حتى قالوا فيمن استأجر رجلا يضرب له لبنا ان الزنبيل والملبن على صاحب اللبن وهذا على عادتهم وقالوا فيمن استأجر على حفر قبر ان حثى التراب عليه ان كان أهل تلك البلاد يتعاملون به وتشريج اللبن على اللبان واخراج الخبز من التنور على الخباز لان ذلك من تمام العمل وقالوا فى الخياط ان السلوك عليه لان عادتهم جرت بذلك وقالوا فى الدقيق الذى يصلح به الحائك الثوب انه على صاحب الثوب فان كان أهل بلد تعاملوا بخلاف ذلك فهو على ما يتعاملون وقالوا فى الطباخ اذا استأجر فى عرس ان اخراج المرق عليه ولو طبخ قدرا خاصة ففرغ منها فله الاجر وليس عليه من اخراج المرق شيء وهو مبنى على العادة يختلف باختلاف العادة وقالوا فيمن تكارى دابة يحمل عليها حنطة الى منزله فلما انتهى اليه أراد صاحب الحنطة ان يحمل المكارى ذلك فيدخله منزله وأبى المكارى قالوا قال أبو حنيفة عليه ما يفعله الناس ويتعاملون عليه

وان أراد ان يصعد بها الى السطح والغرفة فليس عليه ذلك الا ان يكون اشترطه ولو كان حمالا على ظهره فعليه ادخال ذلك وليس عليه ان يصعد به الى علو البيت الا ان يشترطه واذا نكارى دابة فالاكاف على صاحب الدابة فاما الحبال والجوالق فعلى ما تعارفه أهل الصنعة وكذلك اللجام وأما السرج فعلى رب الدابة الا ان تكون سنة البلد بخلاف ذلك فيكون على سنتهم وعلى هذا مسائل ولو التقط رجل لقيطا فاستأجر له ظئرا فالاجرة عليه وهو متطوع في ذلك أما لزوم الاجرة اياه فلانه التزم ذلك فيلزمه وأما كونه متطوعا فيه فلانه لا ولاية له على اللقيط فلا يملك ايجاب الدين في ذمته ورضاعه على بيت المال لان ميراثه لبيت المال وأما الثاني وهو الذي يرجع الى صفة المستأجر والمستأجر فيه فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان صفة المستأجر والمستأجر فيه والثاني في بيان ما يغير تلك الصفة أما الاول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في ان المستأجر أمانة في يد المستأجر كالدار والدابة وعبد الخدمة ونحو ذلك حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا ضمان عليه لان قبض الاجارة قبض مأذون فيه فلا يكون مضمونا كقبض الوديعة والعارية وسواء كانت الاجارة صحيحة أو فاسدة لما قلنا وأما المستأجر فيه كثوب القصارة والصباغة والخياطة والمتاع المحمول في السفينة أو على الدابة أو على الجمال ونحو ذلك فالاجير لا يخلو اما ان كان مشتركا أو خاصا وهو المسمى أجير الوحد فان كان مشتركا فهو أمانة في يده في قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو أحد قولي الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد هو مضمون عليه الا الحرق غالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرين ولو احترق بيت الاجير المشترك بسراج يضمن الاجير كذا روى عن محمد لان هذا ليس بحريق غالب وهو الذي يقدر على استدراكه لو علم به لانه لو علم به لاطفأه فلم يكن موضع العذر وهو استحسان ثم ان هلك قبل العمل يضمن قيمته غير معمول ولا أجر له وان هلك بعد العمل فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته معمولا وأعطاه الاجر بحسابه وان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له واحتجا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال على اليد ما أخذت حتى ترده وقد عجز عن رد عينه بالهلاك فيجب رد قيمته قائما مقامه وروى ان عمر رضي الله عنه كان يضمن الاجير المشترك احتياطا لاموال الناس وهو المعنى في المسئلة وهو ان هؤلاء الاجراء الذين يسلم المال اليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم فلو علموا انهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس لانهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك وهذا المعنى لا يوجد في الحرق الغالب والغرق الغالب والسرق الغالب ولابي حنيفة ان الاصل ان لا يجب الضمان الا على المتعدي لقوله عز وجل ولا عدوان الا على الظالمين ولم يوجد التعدي من الاجير لانه مأذون في القبض والهلاك ليس من صنعه فلا يجب الضمان عليه ولهذا لا يجب الضمان على المودع والحديث لا يتناول الاجارة لان الرد في باب الاجارة لا يجب على المستأجر فكان المراد منه الاعارة والغصب وفعل عمر رضي الله عنه يحتمل انه كان في بعض الاجراء وهو المتهم بالخيانة وبه نقول ثم عندهما انما يجب الضمان على الاجير اذا هلك في يده لان العين انما تدخل في الضمان عندهما بالقبض كالعين المغصوبة فما لم يوجد القبض لا يجب الضمان حتى لو كان صاحب المتاع معه راكبا في السفينة أو راكبا على الدابة التي عليها الحمل فعطب الحمل من غير صنع الاجير لا ضمان عليه لان المتاع في يد صاحبه وكذلك اذا كان صاحب المتاع والمكارى راكبين على الدابة أو سائقين أو قائدين لان المتاع في أيديهما فلم ينفرد الاجير باليد فلا يلزمه ضمان اليد وروى بشر عن أبي يوسف انه ان سرق المتاع من رأس الحمال وصاحب المتاع يمشي معه لا ضمان عليه لان المتاع لم يصر في يده حيث لم يخل صاحب المتاع بينه وبين المتاع وقالوا في الطعام اذا كان في سفينتين وصاحبه في احداهما وهما مقرونتان أو غير مقرونتين الا ان سيرهما جميعا وحبسهما جميعا فلا ضمان على الملاح فيما هلك من يده لانه هلك في يد صاحبه وكذلك القطار اذا كان عليه حمولة ورب الحمولة على بعير فلا ضمان على الجمال لان المتاع في يد صاحبه لانه هو الحافظ له وروى ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل استأجر حمالا ليحمل عليه زقا من سمن فحمله صاحب الزق والحمال جميعا ليضعاه على رأس الحمال فانخرق الزق وذهب ما فيه قال أبو يوسف لا يضمن الحمال لانه لم يسلم الى

الحمال

الحمال بل هو فى يده قال وان حمله الى بيت صاحبه ثم أنزله الحمال من رأسه وصاحب الزق فوقع من أيديهما فالحمال ضامن وهو قول محمد الاول ثم رجع وقال لا ضمان عليه لابى يوسف ان المحمول داخل فى ضمان الحمالة بثبوت يده عليه فلا يبرأ الا بالتسليم الى صاحبه فاذا أخطأ جميعا فيد الحمال لم تزل فلا يزول الضمان ولمحمد ان الشىء قد وصل الى صاحبه بانزاله فخرج من ان يكون مضمونا كما لو حملاه ابتداء الى رأس الحمال فهلك وروى هشام عن محمد فيمن دفع الى رجل مصحفا يعمل فيه ودفع الغلاف معه أو دفع سيفا الى صيقل يصقله باجر ودفع الجفن معه فضاعا قال محمد يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن لان المصحف لا يستغنى عن الغلاف والسيف لا يستغنى عن الجفن فصارا كشىء واحد قال فان أعطاه مصحفا يعمل له غلافا أو سكينا يعمل له نصابا فضاع المصحف أو ضاع السكين لم يضمن لانه لم يستأجره على ان يعمل فيهما بل فى غيرهما ولو اختلف الاجير وصاحب الثوب فقال الاجير رددت، وأنكر صاحبه فالقول قول الاجير فى قول أبى حنيفة لانه أمين عنده فى القبض والقول قول الامين مع اليمين ولكن لا يصدق فى دعوى الاجر وعندهما القول قول صاحب الثوب لان الثوب قد دخل فى ضمانه عندهما فلا يصدق على الرد الا ببينة وان كان الاجير خاصا فما فى يده يكون أمانة فى قولهم جميعا حتى لو هلك فى يده بغير صنعه لا يضمن أما على أصل أبى حنيفة فلانه لم يوجد منه صنع يصلح سببا لوجوب الضمان لان القبض حصل باذن المالك وأما على أصلهما فلان وجوب الضمان فى الاجير المشترك ثبت استحسانا صيانة لاموال الناس ولا حاجة الى ذلك فى الاجير الخاص لان الغالب انه يسلم نفسه ولا يتسلم المال فلا يمكنه الخيانة والله عز وجل أعلم وأما الثانى وهو بيان ما يغيره من صفة الامانة الى الضمان فالمغير له أشياء منها ترك الحفظ لان الاجير لما قبض المستأجر فيه فقد التزم حفظه وترك الحفظ الملتزم سبب لوجوب الضمان كالمودع اذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت على ما نذكره فى كتاب الوديعة ان شاء الله تعالى ومنها الاتلاف والافساد اذا كان الاجير متعديا فيه بان تعمد ذلك أو عنف فى الدق سواء كان مشتركا أو خاصا وان لم يكن متعديا فى الافساد بأن أفسد الثوب خطأ بعمله من غير قصده فان كان الاجير خاصا لم يضمن بالاجماع وان كان مشتركا كالقصار اذا دق الثوب فتخرق أو ألقاه فى النورة فاحترق أو الملاح غرقت السفينة من عمله ونحو ذلك فانه يضمن فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يضمن وهو أحد قولى الشافعى وجه قول زفر ان الفساد حصل بعمل مأذون فيه فلا يجب الضمان كالاجير الخاص والمعين والدليل على انه حصل بعمل مأذون فيه انه حصل بالدق والدق مأذون فيه ولئن لم يكن مأذونا فيه لكن لا يمكنه التحرز عن هذا النوع من الفساد لانه ليس فى وسعه الدق المصلح فاشبه الحجام والبزاغ ولئن كان ذلك فى وسعه لكنه لا يمكنه تحصيله الا بحرج والحرج منفى فكان ملحقا بما ليس فى الوسع ولنا ان المأذون فيه الدق المصلح لا المفسد لان العاقل لا يرضى بافساد ماله ولا يلتزم الاجرة بمقابلة ذلك فيتقيد الامر بالمصلح دلالة وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد ممنوع بل فى وسعه ذلك بالاجتهاد فى ذلك وهو بذل المجهود فى النظر فى آلة الدق ومحله وارسال المدقة على المحل على قدر ما يحتمله مع الحذاقة فى العمل والمهارة فى الصنعة وعند مراعاة هذه الشرائط لا يحصل الفساد فلما حصل دل انه قصر كما نقول فى الاجتهاد فى امور الدين الا أن الخطأ فى حقوق العباد ليس بعذر حتى يؤاخذ الخاطئ والناسى بالضمان وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد الا بحرج مسلم لكن الحرج انما يؤثر فى حقوق الله عز وجل بالاسقاط لا فى حقوق العباد وبهذا فارق الحجام والبزاغ لان السلامة والسراية هناك مبنية على قوة الطبيعة وضعفها ولا يوقف على ذلك بالاجتهاد فلم يكن فى وسعه الاحتراز عن السراية فلا يتقيد العقد بشرط السلامة وأما الاجير الخاص فهناك وان وقع عمله افسادا حقيقة الا أن عمله يلتحق بالعدم شرعا لانه لا يستحق الاجرة بعمله بل بتسليم نفسه اليه فى المدة فكانه لم يعمل وعلى هذا الخلاف الحمال اذا زلقت رجله فى الطريق أو عثر فسقط وفسد حمله ولو زحمه الناس حتى فسد لم يضمن بالاجماع لانه لا يمكنه حفظ نفسه عن ذلك فكان بمعنى الحرق الغالب والغرق الغالب ولو كان الحمال هو الذى زاحم الناس

حتى انكسر يضمن عند أصحابنا الثلاثة وكذلك الراعي المشترك اذا ساق الدواب على السرعة فازدحمن على القنطرة أو على الشط فدفع بعضها بعضا فسقط في الماء فعطب فعلى هذا الخلاف ولو تلفت دابة بسوقه أو ضربه اياها فان ساق سوقا معتادا أو ضرب ضربا معتادا فعطبت فهو على الاختلاف وان ساق أو ضرب سوقا وضربا بخلاف العادة يضمن بلا خلاف لان ذلك اتلاف على طريق التعدي ثم اذا تخرق الثوب من عمل الاجير حتى ضمن لا يستحق الاجرة لانه ما أوفى المنفعة بل المضرة لان ايفاء المنفعة بالعمل المصلح دون المفسد وفي الحمال اذا وجب ضمان المتاع المحمول فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي سلمه اليه وان شاء في الموضع الذي فسد أو هلك وأعطاه الاجر الى ذلك الموضع وروي عن أبي حنيفة انه لا خيار له بل يضمنه قيمته محمولا في الموضع الذي فسد أو هلك أما التخيير على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر لانه وجد جهتا الضمان القبض والاتلاف فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض وله ان يضمنه بالاتلاف يوم الاتلاف أما على أصل أبي حنيفة ففيه اشكال لان عنده الضمان يجب بالاتلاف لا بالقبض فكان لوجوب الضمان سبب واحد وهو الاتلاف فيجب أن تعتبر قيمته يوم الاتلاف ولا خيار له فيما روي عنه والجواب عنه من وجهين أحدهما أنه وجد ههنا سببان لوجوب الضمان احدهما الاتلاف والثاني العقد لان الاجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح وقد خالف والخلاف من اسباب وجوب الضمان فثبت له الخيار ان شاء ضمنه بالعقد وان شاء بالاتلاف والثاني انه لما لم يوجد منه ايفاء المنفعة في القدر التالف فقد تفرقت عليه الصفقة في المنافع فيثبت له الخيار ان شاء رضي بتفريقها وان شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك الا بالتخيير ولو كان المستأجر على حمله عبيدا صغارا أو كبارا فلا ضمان على المكاري فيما عطب من سوقه ولا قوده ولا يضمن بنو آدم من وجه الاجارة ولا يشبه هذا المتاع لان ضمان بني آدم ضمان جناية وضمان الجناية لا يجب بالعقد دلت هذه المسئلة على أن ما يضمنه الاجير المشترك يضمنه بالعقد لا بالافساد والاتلاف لان ذلك يستوي فيه المتاع والآدمي وان وجوب الضمان فيه بالخلاف لا بالاتلاف وذكر بشر في نوادره عن أبي يوسف في القصار اذا استعان بصاحب الثوب ليدق معه فتخرق ولا يدري من أي الدق تخرق وقد كان صحيحا قبل أن يدقاه قال على القصار نصف القيمة وقال ابن سماعة عن محمد ان الضمان كله على القصار حتى يعلم انه تخرق من دق صاحبه أو من دقهما فمحمد مر على أصلهما ان الثوب دخل في ضمان القصار بالقبض بيقين فلا يخرج عن ضمانه الا بيقين مثله وهو أن يعلم ان التخرق حصل بفعل غيره ولابي يوسف ان الفساد احتمل أن يكون من فعل القصار واحتمل انه من فعل صاحب الثوب فيجب الضمان على القصار في حال ولا يجب في حال فلزم اعتبار الاحوال فيه فيجب نصف القيمة وقالوا في تلميذ الاجير المشترك اذا وطئ ثوبا من القصارة فخرقه يضمن لان وطء الثوب غير مأذون فيه ولو وقع من يده سراج فاحرق ثوبا من القصارة فالضمان على الاستاذ ولا ضمان على التلميذ لان الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه فينتقل عمله الى الاستاذ كأنه فعله بنفسه فيجب الضمان عليه ولو دق الغلام فانقلب الكودين من غير يده فخرق ثوبا من القصارة فالضمان على الاستاذ لان هذا من عمل القصارة فكان مضافا الى الاستاذ فان كان ثوبا وديعة عند الاستاذ فالضمان على الغلام لان عمله انما يضاف الى الاستاذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه وهو انما يملك ذلك في ثياب القصارة لا في ثوب الوديعة فبقي مضافا اليه فيجب عليه الضمان كالاجنبي وكذلك لو وقع من يده سراج على ثوب الوديعة فاحرقه فالضمان على الغلام لما قلنا وذكر في الاصل لو ان رجلا دعى قوما الى منزله فمشوا على بساطه فتخرق لم يضمنوا وكذلك لو جلسوا على وسادة لانه مأذون في المشي على البساط والجلوس على الوسادة فالمتولد منه لا يكون مضمونا ولو وطئوا آنية من الاواني ضمنوا لان هذا مما لا يؤذن في وطئه فكذلك اذا وطئوا ثوبا لا يبسط مثله ولو قلبوا اناء بايديهم فانكسر لم يضمنوا الان ذلك عمل مأذون فيه ولو كان رجل منهم متقلدا سيفا فخرق السيف الوسادة لم يضمن لانه مأذون في الجلوس على هذه الصفة ولو جفف القصار ثوبا على حبل في الطريق فمرت عليه حمولة فخرقته فلا ضمان

على القصار والضمان على سائق الحمولة لان الجناية من السائق لان المشي في الطريق مقيد بالسلامة فكان التلف مضافا اليه فكان الضمان عليه ولو تكارى رجل دابة ليركبها فضربها فعطبت أو كبحها باللجام فعطبها ذلك فانه ضامن الا أن يأذن له صاحب الدابة في ذلك عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد نستحسن ان لا نضمنه اذا لم يتعد في الضرب المعتاد والكبح المعتاد وجه قولهما ان ضرب الدابة وكبحها معتاد متعارف والمعتاد كالمشروط ولو شرط ذلك لا يضمن كذا هذا ولابي حنيفة ان كل واحد منهما من الضرب والكبح مأذون فيه لان العقد لا يوجب الاذن بذلك لامكان استيفاء المنافع بدونه فصار كما لو كان ذلك من اجنبي على انا ان سلمنا أنه مأذون فيه لكنه مقيد بشرط السلامة لانه يفعله لمنفعة نفسه مع كونه مخيرا فيه فاشبه ضربه لزوجته ودعوى العرف في غير الدابة المملوكة ممنوعة على أن كونه مأذونا فيه لا يمنع وجوب الضمان اذا كان بشرط السلامة على ما ذكرنا والله عز وجل أعلم ومنها الخلاف وهو سبب لوجوب الضمان اذا وقع غصبا لان الغصب سبب لوجوب الضمان وجملة الكلام فيه أن الخلاف قد يكون في الجنس وقد يكون في القدر وقد يكون في الصفة وقد يكون في المكان وقد يكون في الزمان والخلاف من هذه الوجوه قد يكون في استئجار الدواب وقد يكون في استئجار الصناع كالحائك والصباغ والخياط خلا المكان اما استئجار الدواب فالمعتبر في الخلاف فيه في الجنس والقدر والصفة في استئجار الدواب ضرر الدابة فان كان الخلاف فيه في الجنس ينظر ان كان ضرر الدابة فيه بالخفة والثقل يعتبر الخلاف فيه من جهة الخفة والثقل فان كان الضرر في الثاني اكثر يضمن كل القيمة اذا عطبت الدابة لانه يصير غاصبا لكلها وان كان الضرر في الثاني مثل الضرر في الاول أو أقل لا يضمن عندنا لان الاذن بالشيء اذن بما هو مثله أو دونه فكان مأذونا بالانتفاع به من هذه الجهة دلالة فلا يضمن وان كان ضرر الدابة فيه لا من حيث الخفة والثقل بل من وجه آخر لا يعتبر فيه الخلاف من حيث الخفة والثقل وانما يعتبر من ذلك الوجه لان ضرر الدابة من ذلك الوجه وان كان الخلاف في القدر والضرر فيه من حيث الخفة والثقل يعتبر الخلاف في ذلك القدر ويجب الضمان بقدره لان الغصب يتحقق بذلك القدر وان كان الضرر فيه من جهة أخرى تعتبر تلك الجهة في الضمان لا الخفة والثقل وان كان الخلاف في الصفة وضرر الدابة ينشأ منها يعتبر الخلاف فيها ويبنى الضمان عليها وبيان هذه الجملة في مسائل اذا استاجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فعطبت يضمن قيمتها لان الحنطة أثقل من الشعير وليس من جنسه فلم يكن مأذونا فيه أصلا فصار غاصبا كل الدابة متعديا عليها فيضمن كل قيمتها ولا أجر عليه لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان لان وجوب الضمان لصيرورته غاصبا ولا أجرة على الغاصب على أصلنا ولان المضمونات تملك على أصل أصحابنا وذا يمنع وجوب الاجرة عليه ولو استأجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلا آخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها فعطبت لا يضمن وكذلك من استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا سماه فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالارض وكذلك ان استأجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة فحمل عليها قفيزا من شعير وكذا اذا استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا آخر ضرره أقل من ضرر المسمى وهذا كله استحسان وهو قول أصحابنا الثلاثة والقياس أن يضمن وهو قول زفر لان الخلاف قد تحقق فتحقق الغصب ولنا أن الخلاف الى مثله أو الى ما هو دونه في الضرر لا يكون خلافا معنى لان الثاني اذا كان مثله في الضرر كان الرضا بالاول رضا بالثاني واذا كان دونه في الضرر فاذا رضي بالاول كان بالثاني أرضى فصار كما لو استأجرها ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره وهما متساويان في الكيل أو ليحمل عليها عشرة فحمل عليها تسعة انه لا يصير مخالفا كذا هذا ولو استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها أحد عشر فان سلمت فعليه ما سمى من الاجرة ولا ضمان عليه وان عطبت ضمن جزأ من أحد عشر جزأ من قيمة الدابة وهو قول عامة العلماء وقال زفر وابن أبي ليلى يضمن قيمة كل الدابة لان التلف حصل بالزيادة فكانت الزيادة علة التلف ولنا أن تلف الدابة حصل بالثقل والثقل بعضه مأذون فيه وبعضه غير مأذون فيه فيقسم التلف أحد عشر

جزأ فيضمن بقدر ذلك ونظير هذا ما قال أصحابنا في حائط بين شريكين أثلاثا مال الى الطريق فاشهد على أحدهما دون الآخر فسقط الحائط على رجل فقتله فعلى الذى أشهد عليه قدر نصيبه لانه مات من ثقل الحائط وثقل الحائط أثلاث كذا هذا وعليه الاجر لانه استوفى المعقود عليه وهو حمل عشرة مخاتيم وانما خالف فى الزيادة وانها استوفيت من غير عقد فلا أجر لها وكذا لو استأجر سفينة ليطرح فيها عشرة أكرار فطرح فيها أحد عشر فغرقت السفينة انه يجب الضمان بقدر الزيادة عند عامة العلماء وعند زفر وابن أبى ليلى يضمن قيمة كل السفينة لان التلف حصل بقدر الزيادة فهى علة التلف ألا ترى انه لو لم يزد لما حصل التلف والجواب أن هذا ممنوع بل التلف حصل بالكل ألا ترى ان الكر الزائد لو انفرد لما حصل به التلف فثبت أن التلف حصل بالكل والبعض مأذون فيه والبعض غير مأذون فيه فما هلك بما هو مأذون فيه لا ضمان عليه فيه وما هلك بما هو غير مأذون فيه ففيه الضمان وصار كمسئلة الحائط ولو استأجر دابة ليحمل عليها مائة رطل من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديدا أو أقل من وزنه فعطبت الدابة لا يضمن قيمتها لان ضرر الدابة ههنا ليس للثقل بل للانبساط والاجتماع لان القطن ينبسط على ظهر الدابة والحديد يجتمع فى موضع واحد فيكون أنكى لظهر الدابة وأعقر لها فلم يكن مأذونا فيه فصار غاصبا فيضمن ولا أجرة عليه لما قلنا وكذلك اذا استأجر ليحملها حنطة فحمل عليها حطبا أو خشبا أو آجرا أو حديدا أو حجارة أو نحو ذلك مما يكون أنكى لظهر الدابة أو أعقر له حتى عطبت يضمن كل القيمة ولا أجر عليه لما قلنا ولو استأجرها ليركبها فحمل عليها أو استأجرها ليحمل عليها فركبها حتى عطبت ضمن لان الجنس قد اختلف وقد يكون الضرر فى أحدهما أكثر ولو استاجرها ليركبها فاركبها من هو مثله فى الثقل أو أخف منه ضمن لان الخلاف ههنا ليس من جهة الخفة والثقل بل من حيث الحرق والعلم فان خفيف البدن اذا لم يحسن الركوب يضر بالدابة والثقيل الذى يحسن الركوب لا يضر بها فاذا عطبت علم ان التلف حصل من حرقه بالركوب فضمن ولا أجر عليه لما قلنا ولو استاجر دابة ليركبها بنفسه فاركب معه غيره فعطبت فهو ضامن لنصف قيمتها ولا يعتبر الثقل ههنا لان تلف الدابة ليس من ثقل الراكب بل من قلة معرفته بالركوب فصار تلفها بركوبها بمنزلة تلفها بجراحتها وركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الآخر غير مأذون فيه فيضمن نصف قيمتها وصار كحائط بين شريكين أثلاثا أشهد على أحدهما فوقعت منه آجرة فقتلت رجلا فعلى الذى أشهد عليه نصف ديته وان كان نصيبه من الحائط أقل من النصف لان التلف ما حصل بالثقل بل بالجرح والجراحة اليسيرة كالكثيرة فى حكم الضمان كمن جرح انسانا جراحة وجرحه آخر جراحتين فمات من ذلك كان الضمان عليهما نصفين كذا ههنا وعليه الاجرة لانه استوفى المعقود عليه وزيادة على ذلك وهو اركاب الغير غير أن الزيادة استوفيت من غير عقد فلا يجب بها الاجر هذا اذا كانت الدابة تطيق اثنين فان كانت لا تطيقهما فعليه جميع قيمتها لانه أتلفها باركاب غيره ولو استاجر حمارا باكاف فنزعه منه وأسرجه فعطب فلا ضمان عليه لان ضرر السرج أقل من ضرر الاكاف لانه يأخذ من ظهر الدابة أقل مما يأخذ الاكاف ولو استأجر حمارا بسرج فنزع منه السرج وأوكفه فعطب ذكر فى الاصل أنه يضمن قدر ما زاد الاكاف على السرج ولم يذكر الاختلاف وذكر فى الجامع الصغير أنه يضمن كل القيمة فى قول أبى حنيفة وفى قولهما يضمن بحساب الزيادة وجه قولهما ان الاكاف والسرج كل واحد منهما يركب به عادة وانما يختلفان بالثقل والخفة لان الاكاف أثقل فيضمن بقدر الثقل كما لو استأجره بسرج فنزعه وأسرجه بسرج آخر أثقل من الاول فعطب أنه يضمن بقدر الزيادة كذا هذا ولابى حنيفة أن الاكاف لا يخالف السرج فى الثقل وانما يخالفه من وجه آخر وهو أنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ السرج ولان الدابة التى لم تألف الاكاف يضر بها الاكاف والخلاف اذا لم يكن للثقل يجب به جميع الضمان كما اذا حمل مكان القطن الحديد ونحو ذلك بخلاف ما اذا ابدل السرج بسرج أثقل منه والاكاف باكاف أثقل منه لان التفاوت هناك من ناحية الثقل فيضمن بقدر الزيادة كما فى الزيادة على المقدرات من جنسها على ما مر ولو استأجر حمارا عاريا فاسرجه ثم ركب

فعطب

فعطب كان ضامنا لان السرج أثقل على الدابة وقيل هذا اذا استأجره ليركبه فى المصر وهو من غرض الناس ممن يركب فى المصر بغير سرج فاما اذا استأجره ليركبه خارج المصر أو هو من ذوى الهيئات لا يضمن لان الحمار لا يركب من بلد الى بلد بغير سرج ولا اكاف وكذا ذو الهيئة فكان الاسراج مأذونا فيه دلالة فلا يضمن وان استأجر حمارا بسرج فاسرجه بغيره فان كان سرجا يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه وان كان لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن لان الثانى اذا كان مما يسرج به الحمر لا يتفاوتان فى الضرر فكان الاذن باحدهما اذنا بالآخر دلالة واذا كان مما لا يسرج بمثله الحمر بان كان سرجا كبيرا كسروج البراذين كان ضرره أكثر فكان اتلافا للدابة فيضمن وكذلك ان لم يكن عليه لجام فالجمه فلا ضمان عليه اذا كان مثله يلجم بمثل ذلك اللجام وكذلك ان أبدله لان الحمار لا يتلف باصل اللجام فاذا كان الحمار قد يلجم بمثله أو أبدله بمثله لم يوجد منه الاتلاف ولا الخلاف فلا يضمن وأما الخلاف فى المكان فنحو أن يستاجر دابة للركوب أو للحمل الى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان وحكمه أنه كما جاوز المكان المعلوم دخل المستاجر فى ضمانه حتى لو عطب قبل العود الى المكان المأذون فيه يضمن كل القيمة ولو عاد الى المكان المأذون فيه هل يبرأ عن الضمان كان أبو حنيفة أولا يقول يبرأ كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وهو قول زفر وعيسى بن أبان من أصحابنا ثم رجع وقال لا يبرأ حتى يسلمها الى صاحبها سليمة وكذلك العارية بخلاف الوديعة وجه قوله الاول ان الشئ أمانة فى يده ألا ترى انه لو هلك فى يده قبل الخلاف لا ضمان عليه فكانت يده يد المالك فالهلاك فى يده كالهلاك فى يد المالك فاشبه الوديعة ولهذا لو هلك فى يده ثم استحق بعد الهلاك وضمنه المستحق يرجع على المؤاجر كالمودع سواء بخلاف المستعير فانه لا يرجع (وجه) قوله الآخر ان يد المستأجر يد نفسه لانه قبض الشئ لمنفعة نفسه فكانت يده يد نفسه لا يد المؤاجر وكذا يد المستعير لما قلنا واذا كانت يده يد نفسه فاذا ضمن بالتعدى لا يبرأ من ضمانه الا برده الى صاحبه لانه لا تكون الاعادة الى المكان المأذون فيه ردا الى يد نائب المالك فلا يبرأ من الضمان بخلاف الوديعة لان يد المودع يد المالك لا يد نفسه ألا ترى انه لا ينتفع بالوديعة فكان العود الى الوفاق ردا الى يد نائب المالك فكان ردا الى المالك معنى فهو الفرق وأما الرجوع على المؤاجر بالضمان فليس ذلك لكون يده يد المؤاجر بل لانه صار مغرورا من جهته كالمشترى اذا استحق المبيع من يده انه يرجع على البائع بسبب الغرور كذا هذا ولو استأجرها ليركبها الى مكان عينه فركبها الى مكان آخر يضمن اذا هلكت وان كان الثانى أقرب من الاول لانه صار مخالفا لاختلاف الطرق الى الاماكن فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا أجرة عليه لما قلنا ولو ركبها الى ذلك المكان الذى عينه لكن من طريق آخر ينظر ان كان الناس يسلكون ذلك الطريق لا يضمن لانه لم يصر مخالفا وان كانوا لا يسلكونه يضمن اذا هلكت لصيرورته مخالفا غاصبا بسلوكه وان لم تهلك وبلغ الموضع المعلوم ثم رجع وسلم الدابة الى صاحبها فعليه الاجر ولو استأجرها ليركبها أو ليحمل عليها الى مكان معلوم فذهب بها ولم يركبها ولم يحمل عليها شيأ فعليه الاجر لانه سلم المنافع اليه بتسليم محلها الى المكان المعلوم فصار كما لو استأجر دارا ليسكنها فسلم المفتاح اليه فلم يسكن حتى مضت المدة انه يجب الاجرة لما قلنا كذا هذا ولو أمسك الدابة فى الموضع الذى استاجرها ولم يذهب بها الى الموضع الذى استأجرها اليه فان أمسكها على قدر ما يمسك الناس الى أن يرتحل فهلك فلا ضمان عليه لان حبس الدابة ذلك القدر مستثنى عادة فكان مأذونا فيه دلالة وان حبس مقدارا ما لا يحبس الناس مثله يومين أو ثلاثة فعطب يضمن لانه خالف فى المكان بالامساك الخارج عن العادة فصار غاصبا فيضمن اذا هلك ولا أجرة عليه لما قلنا وان لم تهلك فأمسكها فى بيته فلا أجر عليه لما مر ان الاجر بمقابلة تسليم الدابة فى جميع الطريق ولم يوجد بخلاف ما اذا استأجرها عشرة أيام ليركبها فحبسها ولم يركبها حتى ردها يوم العاشر ان عليه الاجرة ويسع لصاحبها أن يأخذ الكراء وان كان يعلم انه لم يركبها لان استحقاق الاجرة فى الاجارات على الوقت بالتسليم فى الوقت وقد وجد فتجب الاجرة كما فى اجارة الدار ونحوها بخلاف الاجارة على المسافة فان الاستحقاق هناك بالتسليم

في جميع الطريق ولم يوجد فلا يجب وأما الخلاف في الزمان فنحو أن يستأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها مدة معلومة فانتفع بها زيادة على المدة فعطبت في يده ضمن لانه صار غاصبا بالانتفاع بها فيما وراء المدة المذكورة وأما استئجار الصناع من الحائك والخياط والصباغ ونحوهم فالخلاف ان كان في الجنس بأن دفع ثوبا الى صباغ ليصبغه لونا فصبغه لونا آخر فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وسلم الثوب للاجير وان شاء أخذ الثوب وأعطاه مازاد الصبغ فيه ان كان الصبغ مما يزيد أما خيار التضمين فلفوات غرضه لان الاغراض تختلف باختلاف الالوان فله أن يضمنه قيمة ثوب أبيض لتفويته عليه منفعة مقصودة فصار متلفا الثوب عليه فكان له أن يضمنه وان شاء أخذ الثوب لان الضمان وجب حقا له فله أن يسقط حقه ولا أجر له لانه لم يأت بما وقع عليه العقد رأسا حيث لم يوف العمل المأذون فيه أصلا فلا يستحق الاجر كالغاصب اذا صبغ الثوب المغصوب ويعطيه مازاد الصبغ فيه ان كان الصبغ مما يزيد كالحمرة والصفرة ونحوهما لانه عين مال قائم بالثوب فلا سبيل الى أخذه مجانا بلا عوض فيأخذه ويعطيه مازاد الصبغ فيه رعاية للحقين ونظرا من الجانبين كالغاصب وان كان الصبغ مما لا يزيد كالسواد على أصل أبي حنيفة فاختار أخذ الثوب لا يعطيه شيأ بل يضمنه نقصان الثوب في قول أبي حنيفة بناء على أن السواد لا قيمة له عنده فلا يزيد بل ينقص وعندهما له قيمة فكان حكمه حكم سائر الالوان ولو استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطبة مع الزرع جنسان مختلفان اذ الرطبة ليست لها نهاية معلومة بخلاف الزرع وكذا الرطبة تضر بالارض مالا يضرها الزرع فصار بالاشتغال بزراعة الرطبة غاصبا اياها بل متلفا ولا أجر له لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وقال هشام عن محمد في رجل أمر انسانا أن ينقش في فضة اسمه فنقش اسم غيره انه يضمن الخاتم لانه فوت الغرض المطلوب من الخاتم وهو الختم به فصار كالمتلف اياه قال واذا أمر رجلا أن يحمر له بيتا فخضره قال محمد أعطيه مازادت الخضرة فيه ولا أجرة له لانه لم يعمل ما استأجره عليه رأسا فلا يستحق الاجرة ولكن يستحق قيمة الصبغ الذي زاد في البيت لما مر ولو دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى لان القباء والقميص مختلفان في الانتفاع فصار مفوتا منفعة مقصودة فصار متلفا الثوب عليه فله أن يضمنه وله أن يأخذه ويعطيه أجر مثله لما قلنا واذا كان الخلاف في الصفة نحو ان دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ مسمى فصبغه بصبغ آخر لكنه من جنس ذلك اللون فصاحب الثوب أن يضمنه قيمته أبيض ويسلم اليه الثوب وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى أما ثبوت الخيار فلما ذكرنا من الخلاف في الجنس وانما وجب الاجر ههنا لان الخلاف في الصفة لا يخرج العمل من أن يكون معقودا عليه فقد أتى بأصل المعقود عليه الا أنه لم يأت بوصفه فمن حيث انه لم يأت بوصفه المأذون فيه لم يجب المسمى ومن حيث انه أتى بالاصل وجب أجر المثل ولا يجاوز به المسمى لان هذا شأن أجر المثل لما نذكر ان شاء الله تعالى وروى هشام عن محمد فيمن دفع الى رجل شبها ليضرب له طشتا موصوفا معروفا فضرب له كوزا قال ان شاء ضمنه مثل شبهه ويصير الكوز للعامل وان شاء أخذه أعطاه أجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمى لان العقد وقع على الضرب والصناعة صفة فقد فعل المعقود عليه بأصله وخالف في وصفه فيثبت للمستعمل الخيار وعلى هذا اذا دفع الى حائك غزلا ليحوك له ثوبا صفيقا فحاك له ثوبا رقيقا أو شرط عليه أن يحوك له ثوبا رقيقا فحاكه صفيقا ان صاحب الغزل بالخيار ان شاء ضمنه غزله وان شاء أخذ الثوب وأعطاه مثل أجر عمله لا يجاوز ما سمى وذكر في الاصل اذا دفع خفه الى خفاف لينعله فانعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف فصاحب الخف بالخيار ان شاء ضمنه خفه وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله في عمله وقيمة النعل لا يجاوز به ما سمى وان كان ينعل بمثله الخفاف فهو جائز وان لم يكن جيدا وأما ثبوت الخيار اذا أنعله بما لا ينعل بمثله الخفاف فلانه لم يأت بالمامور به رأسا بل أتى بالمامور به ابتداء فصار كالغاصب اذا أنعل الخف

المغصوب فكان للمالك أن يضمنه كالغاصب وله أن يأخذ الخف لان ولاية التضمين ثبتت لحق المالك فاذا رضي بالاخذ كان له ذلك واذا أخذ أعطاه اجر مثله لانه ماذون في العمل وقد اتى باصل العمل وانما خالف في الصفة فله ان يختاره و يعطيه اجر المثل ولا يعطيه المسمى لان ذلك بمقابلة عمل موصوف و لم يات بالصفة و يعطيه مازاد النعل لانه عين مال قائم للخفاف فصار بمنزلة الصبغ في الثوب وانما جعل الخيار في هذه المسائل الى صاحب الخف والثوب لانه صاحب متبوع والنعل والصبغ تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل اولى وان كان يفعل بمثله الخفاف فهو جائز وان لم يكن جيدا لان الاذن يتناول ادنى ما يقع عليه الاسم وقد وجد ولو شرط عليه جيدا فانعله بغير جيد فان شاء ضمنه قيمة الخف وان شاء اخذ الخف واعطاه اجر مثل عمله وقيمة مازاد فيه ولا يجاوز به ماسمى لان الرديء من جنس الجيد و يثبت الخيار لفوات الوصف المشروط وان كان الخلاف في القدر نحو ماذكر محمد في الاصل في رجل دفع غزلا الى حائك ينسجه له سبعا في أربع فخالف بالزيادة أو بالنقصان فان خالف بالزيادة على الاصل المذكور فان الرجل بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وسلم الثوب وان شاء أخذ الثوب وأعطاه الاجر المسمى أما ثبوت الخيار فلانه لم يحصل له غرضه لان الزيادة في قدر الذراع توجب نقصانا في الصفة وهي الصفاقة فيفوت غرضه فيثبت له الخيار وان شاء ضمنه مثل غزله لتعديه عليه بتفويت منفعة مقصودة وان شاء أخذه وأعطاه الاجر الذي سماه لانه أتى باصل العمل الذي هو معقود عليه وانما خالف في الصفة والخلاف في صفة العمل لا يخرج العمل من أن يكون معقودا عليه كمن اشترى شيأ فوجده معيبا حتى كان له أن يأخذه مع العيب وان كان الخلاف في النقصان ففيه روايتان ذكر في الاصل ان له أن يأخذه و يعطيه من الاجر بحسابه وذكر في رواية أخرى ان عليه أجر المثل وجه هذه الرواية انه لما نقص في القدر فقد فوت الغرض المطلوب من الثوب فصار كانه عمل بحكم اجارة فاسدة ليس فيها أجر مسمى وجه رواية الاصل ان العقد وقع على عمل متقدر ولم يأت بالمقدر فصار كما لو عقد على نقل كر من طعام الى موضع كذا بدرهم فنقل بعضه انه يستحق من الاجر بحسابه فكذا ههنا وان أوفاه الوصف وهو الصفاقة والذراع وزاد فيه فقد روى هشام عن محمد أن صاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وصار الثوب للصانع وان شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى ولا يزيد للذراع الزائد شيأ أما ثبوت الخيار فلتغير الصفة اذ الانسان قد يحتاج الى الثوب القصير ولا يحتاج الى الطويل فيثبت له الخيار ولانه اذا زاد في طوله فقد استكثر من الغزل فان أخذه فلا أجر له في الزيادة لانه مقطوع فيها حيث عملها بغير اذن صاحب الثوب فكان متبرعا فلا يستحق الاجر عليها وذكر في الاصل اذا أعطى صباغا ثوبا ليصبغه بعصفر ربع الهاشمي بدرهم فصبغه بقفيز عصفر وأقر رب الثوب بذلك فان رب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه وان شاء أخذ الثوب وأعطاه مازاد العصفر فيه مع الاجر وذكر القدوري ان مشايخنا ذكروا تفصيلا فقالوا ان هذا على وجهين ان كان صبغه أولا بربع الهاشمي ثم صبغه بثلاثة أرباع القفيز فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه وان شاء أخذه وأعطاه الاجر المسمى ومازاد لثلاثة أرباع القفيز في الثوب لانه لما أفرده بالصبغ المأذون فيه أولا وهو ربع الهاشمي فقد أوفاه المعقود عليه وصار متعديا بالصبغ الثاني كانه غصب ثوبا مصبوغا بالربع ثم صبغه بثلاثة أرباع فيثبت له الخيار ان شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى لانه سلم له الصبغ المعقود عليه فيلزمه المسمى و يعطيه مازاد الصبغ الثاني فيه لانه عين مال قائمة للصباغ في الثوب وان شاء ضمنه قيمة الثوب مصبوغا بربع القفيز ووجب له الاجر لان الصبغ في حكم المقبوض من وجه لحصوله في ثوبه لكن يكمل القبض فيه لانه لم يصل الى يده فكان مقبوضا من وجه دون وجه فكان له فسخ القبض لتغير الصفة المقصودة وله أن يضمنه و يضمن الاجر وان كان صبغه ابتداء بقفيز فله مازاد الصبغ ولا أجر له لانه لم يوف بالعمل المأذون فيه فلم يعمل المعقود عليه فيصير كانه غصب ثوبا وصبغه بعصفر وروى ابن سماعة عن محمد خلاف ذلك وهو ان له أن يأخذ الثوب و يغرم الاجر ومازاد العصفر فيه مجتمعا كان أو متفرقا لان الصبغ لا يتشرب

فى الثوب دفعة واحدة بل شيأ فشيأ فيستوى فيه الاجتماع والافتراق وأما الاجارة الفاسدة وهى التى فاتها شرط من شروط الصحة فحكمها الاصلى هو ثبوت الملك للمؤاجر فى أجر المثل لا فى المسمى بمقابلة استيفاء المنافع المملوكة ملكا فاسدا لان المؤاجر لم يرض باستيفاء المنافع الا ببدل ولا وجه الى ايجاب المسمى لفساد التسمية فيجب أجر المثل ولان الموجب الاصل فى عقود المعاوضات هو القيمة لان مبناها على المعادلة والقيمة هى العدل الا انها مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فيعدل منها الى المسمى عند صحة التسمية فاذا فسدت وجب المصير الى الموجب الاصلى وهو أجر المثل ههنا لانه قيمة المنافع المستوفاة الا انه لا يزاد على المسمى فى عقد فيه تسمية عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يزاد ويجب بالغا ما بلغ بناء على ان المنافع عند أصحابنا الثلاثة غير متقومة شرعا بانفسها وانما تتقوم بالعقد بتقويم العاقدين والعاقدان ما قوماها الا بالقدر المسمى فلو وجبت الزيادة على المسمى لوجبت بلا عقد وانها لا تتقوم بلا عقد بخلاف البيع الفاسد فان المبيع بيعا فاسدا مضمون بقيمته بالغا ما بلغ لان الضمان هناك بمقابلة العين والاعيان متقومة بانفسها فوجب كل قيمتها وفى قول زفر وبه أخذ الشافعى هى متقومة بانفسها بمنزلة الاعيان فكانت مضمونة بجميع قيمتها كالاعيان هذا اذا كان فى العقد تسمية فاما اذا لم يكن فيه تسمية فانه يجب أجر المثل بالغا ما بلغ بالاجماع لانه اذا لم يكن فيه تسمية الاجر لا يرضى باستيفاء المنافع من غير بدل كان ذلك تمليكا بالقيمة التى هى الموجب الاصلى دلالة فكان تقويما للمنافع باجر المثل اذ هو قيمة المنافع فى الحقيقة ولا ثبت فى هذه الاجارة شئ من الاحكام التى هى من التوابع الا ما يتعلق بصفة المستأجر له فيه وهى كونه أمانة فى يد المستأجر حتى لو هلك لا يضمن المستأجر لحصول الهلاك فى قبض مأذون فيه من قبل المؤاجر وأما الاجارة الباطلة وهى التى فاتها شرط من شرائط الانعقاد فلا حكم لها رأسا لان ما لا ينعقد فوجوده فى حق الحكم وعدمه بمنزلة واحدة وهو تفسير الباطل من التصرفات الشرعية كالبيع ونحوه والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم اختلاف العاقدين فى عقد الاجارة فان اختلفا فى مقدار البدل أو المبدل والاجارة وقعت صحيحة ينظر ان كان اختلافهما قبل استيفاء المنافع تحالفا لقول النبى صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا والاجارة نوع بيع فيتناولها الحديث والرواية الاخرى وهى قوله والسلعة قائمة بعينها يتناول بعض أنواع الاجارة وهو ما اذا باع عينا بمنفعة واختلفا فيها واذا ثبت التحالف فى نوع بالحديث ثبت فى الانواع كلها بنتيجة الاجماع لان أحدا لا يفصل بينهما ولان التحالف قبل استيفاء المنفعة موافق الاصول لان اليمين فى أصول الشرع على المنكر وكل واحد منهما منكر من وجه ومدع من وجه لان المؤاجر يدعى على المستأجر زيادة الاجرة والمستأجر منكر والمستأجر يدعى على المؤاجر وجوب تسليم المستأجر بما يدعى من الاجرة والمؤاجر ينكر فكان كل واحد منهما منكرا من وجه واليمين وظيفة المنكر فى أصول الشرع ولهذا جرى التحالف قبل القبض فى بيع العين والتحالف ههنا قبل القبض لانهما اختلفا قبل استيفاء المنفعة ثم ان كان الاختلاف فى قدر البدل يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر وجوب الاجرة الزائدة وان كان فى قدر المبدل يبدأ بيمين المؤاجر لانه منكر وجوب تسليم زيادة المنفعة واذا تحالفا تفسخ الاجارة وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه لان النكول بذل أو اقرار والبدل والمبدل كل واحد منهما يحتمل البذل والاقرار وأيهما أقام البينة يقضى ببينته لان الدعوى لا تقابل الحجة وان أقاما جميعا البينة فان كان الاختلاف فى البدل فبينة المؤاجر أولى لانها تثبت زيادة الاجرة وان كان الاختلاف فى المبدل فبينة المستأجر أولى لانها تثبت زيادة المنفعة فان ادعى المؤاجر فضلا فيما يستحقه من الاجر وادعى المستأجر فضلا فيما يستحق من المنفعة بان قال المؤاجر أجرتك هذه الدابة الى القصر بعشرة وقال المستأجر الى الكوفة بخمسة أو قال المؤاجر أجرتك شهرا بعشرة وقال المستأجر شهرين بخمسة فالامر فى التحالف والنكول واقامة أحدهما البينة على ما ذكرنا ولو أقاما جميعا البينة قبلت بينة كل واحد منهما على الفعل الذى يستحقه بعقد الاجارة فيكون الى الكوفة بعشرة وشهرين بعشرة لان

بينة كل واحد منهما تثبت زيادة لان بينة المؤاجر تثبت زيادة الاجر و بينة المستأجر تثبت زيادة المنفعة فتقبل كل واحدة منهما على الزيادة التي تثبتها وان كان اختلافهما بعدما استوفى المستأجر بعض المنفعة بان سكن الدار المستأجرة بعض المدة أو ركب الدابة المستأجرة بعض المسافة ثم اختلفوا فالقول قول المستأجر فيما مضى مع يمينه و يتحالفان وتفسخ الاجارة فيما بقي لان العقد على المنافع ساعة فساعة على حسب حدوثها شيأ فشيأ فكان كل جزء من أجزاء المنفعة معقودا عليه مبتدأ فكان ما بقي من المدة والمسافة منفردا بالعقد فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع على قول أبي حنيفة انه لا يثبت التحالف عنده لان البيع ورد على جملة واحدة وهي العين القائمة للحال وكل جزء من المبيع ليس بمعقود عليه مبتدأ انما الجملة معقود عليها بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ في قدر الهالك يسقط في الباقي وان كان اختلافهما بعد مضي وقت الاجارة أو بعد بلوغ المسافة التي استأجر اليها لا يتحالفان فيه والقول قول المستأجر في مقدار البدل مع يمينه ولا يمين على المؤاجر لان التحالف يثبت الفسخ والمنافع المنعدمة لا تحتمل فسخ العقد فلا يثبت التحالف وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر لان قيام المبيع في باب البيع شرط جريان التحالف في المبيع الهالك والمنافع ههنا هالكة فلا يثبت فيها التحالف واما محمد فيحتاج الى الفرق بين المبيع الهالك و بين المنافع الهالكة ووجه الفرق له أن المنافع غير متقومة بانفسها على أصلنا وانما تتقوم بالعقد فاذا فسخت الاجارة بالتحالف تبقى المنافع مستوفاة من غير عقد فلا تتقوم فلا يثبت التحالف بخلاف الاعيان فانها متقومة بانفسها فاذا فسخ البيع بالتحالف يبقى المبيع متقوما بنفسه في يد المشترى فيجب عليه قيمته وانما كان القول قول المستأجر لانه المستحق عليه والخلاف متى وقع في الاستحقاق كان القول قول المستحق والله عز وجل أعلم وان كان الاختلاف في جنس الاجر بان قال المستأجر استأجرت هذه الدابة الى موضع كذا بعشرة دراهم وقال الآخر بدينار فالحكم في التحالف والنكول واقامة أحدهما البينة ما وصفنا فان أقاما البينة فالبينة بينة المؤاجر لانها تثبت الاجرة حقا له و بينة المستأجر لا تثبت الاجرة حقا له فكانت بينة المؤاجر أولى بالقبول ولو اختلفا فقال المؤاجر أجرتك هذه الدابة الى القصر بدينار وقال المستأجر الى الكوفة بعشرة دراهم واقاما البينة فهي الى الكوفة بدينار وخمسة دراهم لان الاختلاف الى القصر وقع في البدل فكانت بينة المؤاجر أولى لما قلنا وتثبت الاجارة الى القصر بدينار ثم المستأجر يدعى من القصر الى الكوفة بخمسة لان القصر نصف الطريق والمؤاجر يجحد هذه الاجارة فالبينة المثبتة للاجارة أولى من النافية وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل استأجر من رجل دارا سنة فاختلفا فاقام المستأجر البينة انه استأجر احدى عشر شهرا منها بدرهم وشهرا بتسعة وأقام البينة رب الدار انه أجرها بعشرة قال فاني آخذ ببينة رب الدار لانه يدعى فضل أجرة في أحد عشر شهرا وقد أقام على ذلك بينة فتقبل بينته فاما الشهر الثاني عشر فقد أقر المستأجر للمؤاجر فيه بفضل الاجرة فيما ادعى فان صدقه على ذلك والا استدل الفضل بتكذيبه ولو اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تقطعه قباء وقال الخياط أمرتني أن أقطعه قميصا فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا والخياط ضامن قيمة الثوب وان شاء رب الثوب أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله وقال ابن أبي ليلى القول قول الخياط مع يمينه واختلف قول الشافعي فقال في موضع مثل قولهما وقال في موضع يتحالفان فاذا حلفا سقط الضمان عن الخياط وسقط الاجر وجه قول ابن أبي ليلى ان صاحب الثوب أقر بالاذن بالقطع غير انه يدعى زيادة صفة توجب الضمان وتسقط الاجر والخياط ينكر فكان القول قوله ولنا ان الاذن مستفاد من قبل صاحب الثوب فكان القول في صفة الاذن قوله ولهذا لو وقع الخلاف في أصل الاذن بالقطع فقال صاحب الثوب لم آذن بالقطع كان القول قوله وكذا اذا قال لم آذن بقطعه قميصا وقد خرج الجواب عن قول ابن أبي ليلى لان المأذون فيه قطع القباء لا مطلق القطع ولا معنى لاحد قولي الشافعي لان التحالف وضع للفسخ ولا يمكن الفسخ ههنا فلا يثبت التحالف لان صاحبه يدعى على الخياط الغصب والخياط يدعى الاجر وذلك مما لا يثبت فيه التحالف وان كان له تضمين الخياط قيمة الثوب لان صاحب

الثوب لما حلف على دعوى الخياط فقد صار الخياط بقطعه الثوب لا على الصفة المأذون فيها متصرفا فى ملك غيره بغير اذنه فصار متلفا الثوب عليه فيضمن قيمته وان شاء رب الثوب أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله أما اختيار أخذ الثوب فلانه أتى باصل المعقود عليه مع تغير الصفة فكان لصاحب الثوب الرضا به واعطاؤه أجر المثل لا المسمى لانه لم يأت بالمامور به على الوصف الذى أمر به وطريقة أخرى لبعض مشايخنا أن منفعة القباء والقميص متقاربة لانه يمكن أن ينتفع بالقباء انتفاع القميص بان يسد وسطه وازراره وانما يفوت بعض الاغراض فقد وجد المعقود عليه مع العيب فيستحق الاجرة حتى قالوا لو قطعه سراويل لم تجب له الاجرة لاختلاف منفعة القباء والسراويل فلم يات المعقود عليه رأسا قال القدورى والرواية بخلاف هذا فان هشاما روى أن محمدا قال فى رجل دفع الى رجل شبها ليضرب له طشتا موصوفا فضرب به كوزا ان صاحبه بالخيار ان شاء ضمنه مثل شبهه والكوز للعامل وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز ما سمى ففى السراويل يجب ان يكون كذلك ووجهه ما مر ان العقد وقع على الضرب والصناعة صفة له فقد وافق فى أصل المعقود عليه وخالف فى الصفة فيثبت للمستعمل الخيار وروى ابن سماعة وبشر عن أبى يوسف فى رجل أمر رجلا ان ينزع له ضرسا متاكلا فنزع ضرسا متاكلا فقال الآمر أمرتك بغير هذا بهذا الاجر وقال المأمور أمرتنى بالذى نزعت فان أبا حنيفة قال فى ذلك القول قول الآمر مع يمينه لما بينا ان الامر يستفاد من قبله خاصة فكان القول فى المامور به قوله وذكر فى الاصل فى رجل دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه أحمر فصبغه أحمر على ما وصف له بالعصفر ثم اختلفا فى الاجر فقال الصباغ عملته بدرهم وقال رب الثوب بدانقين فان قامت لهما بينة أخذت بينة الصباغ وان لم يقم لهما بينة فانى أنظر الى ما زاد العصفر فى قيمة الثوب فان كان درهما أو أكثر أعطيته درهما بعد ان يحلف الصباغ ما صبغته بدانقين وان كان ما زاد فى الثوب من العصفر أقل من دانقين أعطيته دانقين بعد ان يحلف صاحب الثوب ما صبغته الا بدانقين اما اذا اقامت لهما بينة فلان بينة الصباغ تثبت زيادة الاجرة فكانت أولى بالقبول واما اذا لم تقم لهما بينة فلان ما زاد العصفر فى قيمة الثوب اذا كان درهما أو أكثر كان الظاهر شاهدا للصباغ الا انه لا يزاد على درهم لانه رضى بسقوط الزيادة واذا كان ما زاد العصفر دانقين كان الظاهر شاهدا لرب الثوب الا انه لا ينقص من دانقين لانه رضى بذلك وان كان يزيد فى الثوب نصف درهم قال أعطيت الصباغ ذلك بعد ان يحلف ما صبغته بدانقين لما ذكرنا ان الدعوى اذا سقطت للتعارض يحكم الصبغ فوجب قيمة الصبغ وهذا بخلاف القصار مع رب الثوب اذا اختلفا فى مقدار الاجرة ولا بينة لهما ان القول قول رب الثوب مع يمينه لانه ليس فى الثوب عين مال قائم للقصار فلم يوجد ما يصلح حكما فيرجع الى قول صاحب الثوب لان القصار يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك كل صبغ له قيمة فان كان الصبغ أسود فالقول قول رب الثوب مع يمينه على أصل أبى حنيفة ان السواد نقصان عنده وكذلك كل صبغ ينقص الثوب لانه تعذر القضاء بالدعوى للتعارض ولا سبيل الى الرجوع الى قيمة الصبغ لانه لا قيمة له فيرجع الى قول المستحق عليه ولو اختلف الصباغ ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك بالعصفر وقال الصباغ بالزعفران فالقول قول رب الثوب فى قولهم جميعا لان الامر يستفاد من قبله ومن هذا النوع ما اذا أمر المستعمل الصانع بالزيادة من عنده ثم اختلفا فقال فى الاصل فى رجل دفع غزلا الى حائك ينسجه ثوبا وأمره ان يزيد فى الغزل رطلا من عنده مثل غزله على ان يعطيه ثمن الغزل وأجرة الثوب دراهم مسماة فاختلفا بعد الفراغ من الثوب فقال الحائك قد زدت وقال رب الثوب لم تزد فالقول قول رب الغزل مع يمينه على عمله لان الصانع يدعى على صاحب الثوب الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه على عمله لانه يمين على فعل الغير فان حلف برئ وان نكل عن اليمين لزمه مثل الغزل لان النكول حجة يقضى بها فى هذا الباب فان أقام الصانع بينة قبلت بينته ولو اتفقا ان غزل المستعمل كان منا وقال الصانع قد زدت فيه رطلا فوزن الثوب فوجد زائدا على ما دفع اليه زيادة لم يعلم ان مثلها يكون من الدقيق وادعى رب الثوب ان الزيادة من الدقيق فالقول قول الصانع لان رب الثوب يدعى

خلاف الظاهر وان كان الثوب مستهلكا قبل أن يعلم وزنه ولم يقر المستعمل ان فيه ما قال الصانع فالقول قول رب الثوب لان الصانع يدعى عليه الضمان ولا ظاهر ههنا يشهد له فلم يقبل قوله وقال هشام عن محمد فى رجل دفع الى صائغ عشرة دراهم فضة وقال زد عليها درهمين قرضا على فصغه قلبا وأجرك درهم فصاغه وجاء به محشوا فاختلفا فقال الصائغ قد زدت عليه درهمين وقال رب القلب لم تزد شيأ قال محمد يتحالفان ثم الصائغ بالخيار ان شاء دفع القلب وأخذ منه أجرة خمسة دوانيق وان شاء دفع اليه عشرة دراهم فضة وأخذ القلب أما التحالف فلأن الصائغ يدعى على صاحب القلب القرض وهو ينكر فيستحلف وصاحب القلب يدعى على الصائغ استحقاق القلب بغير شئ وهو ينكر فيستحلف واذا بطل دعوى الصائغ فى القلب علم ان الوزن عشرة وانما بذل صاحب القلب للصائغ درهما لصياغته اثنى عشر درهما فاذا لم تثبت الزيادة تلزمه للعشرة خمس دوانيق وانما كان للصائغ أن يحبس القلب ويعطى صاحب القلب مثل فضته لان عنده ان الزيادة ثابتة وانه يتقرر ببطلان حقه عليها من غير عوض القرض فلا يجوز استحقاقها من غير رضاه ولا ضرر على صاحب القلب لانه وصل اليه مثل حقه وقال ابن سماعة عن محمد فى رجل دفع الى نداف ثوبا وقطنا يندف عليه وأمره أن يزيد من عنده ما رأى ثم ان صاحب الثوب أتاه وقد ندف على الثوب عشرين استارا من قطن فاختلفا فقال صاحب الثوب دفعت اليك خمسة عشر استارا من قطن وأمرتك أن تزيد عليه عشرة وتنقص ان رأيت فلم تزد الا خمسة أساتير وقال النداف دفعت الى عشرة وأمرتنى أن أزيد عشرة فزدتها فالقول قول النداف وعلى صاحب الثوب أن يدفع اليه عشرة أساتير من قطن كما ادعى لان صاحب الثوب لا يدعى على النداف مخالفة ما أمره به وانما يدعى انه دفع اليه خمسة عشر استارا فكان القول قول النداف فى مقداره فتبقى العشرة زيادة فيضمنها صاحب الثوب وان كان صاحب الثوب قال دفعت اليك خمسة عشر وأمرتك أن تزيد عليه خمسة عشر وقال النداف دفعت الى عشرة وأمرتنى أن أزيد عليه عشرة فزدت عليه عشرة فصاحب الثوب فى هذا بالخيار ان شاء صدقه ودفع اليه عشرة أساتير وأخذ ثوبه وان شاء أخذ قيمة ثوبه ومثل عشرة أساتير قطن وكان الثوب للنداف لان النداف يزعم أنه فعل ما أمره به وصاحب الثوب يدعى الخلاف فكان القول قوله فيما أمر به والقول قول النداف فى مقدار ما قبض وقال بشر عن أبى يوسف فى رجل أعطى رجلا ثوبا ليقطعه قباء محشوا ودفع اليه البطانة والقطن فقطعه وخاطه وحشاه واتفقا على العمل والاجر فان الثوب ثوب رب الثوب والقطن قطنه غير ان رب الثوب ان قال ان البطانة ليست بطانتى فالقول فى ذلك قول الخياط مع يمينه البتة ان هذا بطانته ويلزم رب الثوب ويسع رب الثوب أن يأخذ البطانة فيلبسها لان البطانة أمانة فى يد الخياط فكان القول قوله فيها ثم ان كانت بطانة صاحب الثوب حل له لبسها وان كانت غيرها فقد رضى الخياط بدفعها اليه بدل بطانته فحل له لبسها وروى بشر وابن سماعة عن أبى يوسف فيمن أعطى حمالا متاعا ليحمله من موضع بأجر معلوم فحمله ثم اختلفا فقال رب المتاع ليس هذا متاعى وقال الحمال هو متاعك فالقول قول الحمال مع يمينه ولا ضمان عليه ولا يلزم الآمر الاجر الا أن يصدقه ويأخذه لان المتاع أمانة فى يد الحمال فكان القول قوله ولا يلزم صاحب المتاع لانه لم يعترف باستيفاء المنافع فان صدقه فقد رجع عن قوله فوجب عليه الاجر قال والنوع الواحد والنوعان فى هذا سواء الا أنه فى النوع الواحد أفحش وأقبح يريد بهذا الوحمله طعاما أو زيتا وقال الاجير هذا طعامك بعينه وقال رب الطعام كان طعامى أجود من هذا فان هذا يفحش أن يكون القول فيه قول رب الطعام ويبطل الاجر ويحسن أن يكون القول قول الحمال ويأخذ الاجر ان كان قد حمله فأما اذا كانا نوعين مختلفين بأن جاء بشعير وقال رب الطعام كان طعامى حنطة فلا أجر للحمال حتى يصدقه ويأخذه وانما قال يقبح فى الجنس الواحد لان عند اتحاد الجنس يملك صاحب الطعام أن يأخذ الشعير عوضا عن طعامه لان الحمال قد بذل له ذلك فاذا أخذ العوض سلمت له المنفعة فأما فى النوعين فلا يسعه أن يأخذ النوع الآخر الا بالتراضى بالبيع فما لم يصدقه لا يستحق عليه الاجر ولو اختلف الصانع والمستأجر فى أصل الاجر كالنساج والقصار والخفاف

والصباغ فقال رب الثوب والخف عملته لي بغير شرط وقال الصانع لا بل عملته بأجرة درهم أو اختلف رب الدار مع المستأجر فقال رب الدار أجرتها منك بدرهم وقال الساكن بل سكنتها عارية فالقول قول صاحب الثوب والخف وساكن الدار في قول أبي حنيفة مع يمينه ولا أجر عليه وقال أبو يوسف ان كان الرجل حرائفة فعليه الاجر والا فلا وقال محمد ان كان الرجل انتصب للعمل فالقول قوله وان لم يكن انتصب للعمل فالقول قول صاحبه وعلى هذا الخلاف اذا اتفقا على أنهما لم يشترطا الاجر لكن الصانع قال اني انما عملت بالاجر وقال رب الثوب ماشرطت لك شيأ فلا يستحق شيأ (وجه) قولهما اعتبار العرف والعادة فان انتصابه للعمل وفتحه الدكان لذلك دليل على أنه لا يعمل الا بالاجرة وكذا اذا كان حريفه فكان العقد موجودا دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا ولابي حنيفة ان المنافع على أصلنا لا تتقوم الا بالعقد ولم يوجد أما اذا اتفقا على أنهما لم يشترطا الاجر فظاهر وكذا اذا اختلفا في الشرط لان العقد لا يثبت مع الاختلاف للتعارض فلا تجب الاجرة ثم ان كان في المصنوع عين قائمة للصانع كالصبغ الذي يزيد والنعل يغرم رب الثوب والخف للصانع مازاد الصبغ والنعل فيه لا يجاوز به درهما والا فلا والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما ينتهي به عقد الاجارة فعقد الاجارة ينتهي بأشياء منها الاقالة لانه معاوضة المال بالمال فكان محتملا للاقالة كالبيع ومنها موت من وقع له الاجارة الا لعذر عندنا وعند الشافعي لا تبطل بالموت كبيع العين والكلام فيه على أصل ذكرناه في كيفية انعقاد هذا العقد وهو ان الاجارة عندنا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيأ فشيأ واذا كان كذلك فما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها والملك صفة الموجود لا المعدوم فلا يملكها الوارث اذ الوارث انما يملك ما كان على ملك المورث فما لم يملكه يستحيل وراثته بخلاف بيع العين لان العين ملك قائم بنفسه ملكه المورث الى وقت الموت فجاز أن ينتقل منه الى الوارث لان المنافع لا تملك الا بالعقد وما يحدث منها في يد الوارث لم يعقد عليه رأسا لانها كانت معدومة حال حياة المورث والوارث لم يعقد عليها فلا يثبت الملك فيها للوارث وعند الشافعي منافع المدة تجعل موجودة للحال كأنها أعيان قائمة فاشبه بيع العين والبيع لا يبطل بموت أحد المتبايعين كذا الاجارة وعلى هذا يخرج ما اذا أجر رجلان دارا من رجل ثم مات أحد المؤاجرين ان الاجارة تبطل في نصيبه عندنا وتبقى في نصيب الحي على حالها لان هذا شيوع طارئ وانه لا يؤثر في العقد في الرواية المشهورة لما بينا فيما تقدم وكذلك لو استأجر رجلان من رجل دارا فمات أحد المستأجرين فان رضي الوارث بالبقاء على العقد ورضي العاقد أيضا جاز ويكون ذلك بمنزلة عقد مبتدأ ولو مات الوكيل بالعقد لا تبطل الاجارة لان العقد لم يقع له وانما هو عاقد وكذا لو مات الاب أو الوصي لما قلنا وكذا لو مات أبو الصبي في استئجار الظئر لا تنقض الاجارة لان الاجارة وقعت للصبي والظئر وهما قائمان ولو مات الظئر انتقضت الاجارة وكذا لو مات الصبي لان كل واحد منهما معقود له والاصل ان الاجارة تبطل بموت المعقود له ولا تبطل بموت العاقد وانما كان كذلك لان استيفاء العقد بعد موت من وقع له العقد يوجب تغيير موجب العقد لان من وقع له ان كان هو المؤاجر فالعقد يقتضي استيفاء المنافع من ملكه ولو بقيناه بعد موته لاستوفيت المنافع من ملك غيره وهذا خلاف مقتضى العقد وان كان هو المستأجر فالعقد يقتضي استحقاق الاجرة من ماله ولو بقينا العقد بعد موته لاستحقت الاجرة من مال غيره وهذا خلاف موجب العقد بخلاف ما اذا مات من لم يقع العقد له كالوكيل ونحوه لان العقد منه لا يقع مقتضيا استحقاق المنافع ولا استحقاق الاجرة من ملكه فابقاء العقد بعد موته لا يوجب تغيير موجب العقد وكذلك الولي في الوقف اذا عقد ثم مات لا تنتقض الاجارة لان العقد لم يقع له فموته لا يغير حكمه ولو استأجر دابة الى مكة فمات المؤاجر في بعض المفازة فله ان يركبها أو يحمل عليها الى مكة أو الى أقرب الاماكن من المصر لان الحكم ببطلان الاجارة ههنا يؤدي الى الضرر بالمستأجر لما فيه من تعريض ماله ونفسه الى التلف فجعل

ذلك

ذلك عذرا فى بقاء الاجارة وهذا معنى قولهم ان الاجارة كما تنفسخ بالعذر تبقى بالعذر وقالوا فيمن اكترى إبلا الى مكة
ذاهبا وجائيا فمات الجمال فى بعض الطريق فللمستأجر أن يركبها الى مكة أو يحمل عليها وعليه المسمى لان الحكم
بانفساخ الاجارة فى الطريق إلحاق الضرر بالمستأجر لانه لا يجد ما يحمله ويحمل قماشه وإلحاق الضرر بالورثة اذا
كانوا غيبا لان المنافع تفوت من غير عوض فكان فى استيفاء العقد نظر من الجانبين فاذا وصل الى مكة رفع الامر الى
الحاكم لانه لا ضرر عليه فى فسخ الاجارة عند ذلك لانه يقدر على أن يستأجر من جمال آخر ثم ينظر الحاكم فى الاصلح
فان رأى بيع الجمال وحفظ الثمن للورثة اصلح فعل ذلك وان رأى امضاء الاجارة الى الكوفة اصلح فعل ذلك لانه
نصب ناظرا احتياطا وقد يكون احد الامرين احوط فيختار ذلك قالوا والافضل اذا كان المستأجر ثقة ان يمضى
القاضى الاجارة والافضل اذا كان غير ثقة ان يفسخها فان فسخها وقد كان المستأجر عجل الاجرة سمع القاضى بينته
عليها وقضاه من ثمنها لان الاجارة اذا انفسخت فللمستأجر امساك العين حتى يستوفى جميع الاجرة وقام القاضى
مقام الغائب فنصب له خصما وسمع عليه البينة ولو مات احد من وقع له عقد الاجارة قبل انقضاء المدة وفى الارض
المستأجرة زرع لم يستحصد يترك ذلك فى الارض الى ان يستحصد ويكون على المستأجر او على ورثته ما سمى
من الاجر لان فى الحكم بالانفساخ وقلع الزرع ضررا بالمستأجر وفى الابقاء من غير عوض ضررا بالوارث ويمكن
توفير الحقين من غير ضرر بابقاء الزرع الى ان يستحصد بالاجر فيجب القول به وانما وجب المسمى استحسانا
والقياس ان يجب اجر المثل لان العقد انفسخ حقيقة بالموت وانما بقيناه حكما فاشبه شبهة العقد واستيفاء المنافع
بشبهة العقد توجب اجر المثل كما لو استوفاها بعد انقضاء المدة وجه الاستحسان ان التسمية تناولت هذه المدة فاذا
مست الضرورة الى الترك بعوض كان ايجاب العوض المسمى أولى لوقوع التراضى بخلاف الترك بعد انقضاء
المدة لان التسمية لم تتناول ما بعد انقضاء المدة فتعذر ايجاب المسمى فوجب اجر المثل ومنها هلاك المستأجر
والمستأجر فيه لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه فلم يكن فى بقاء العقد فائدة حتى لو كان المستأجر
عبدا او ثوبا او حليا او ظرفا او دابة معينة فهلك او هلك الثوب المستأجر فيه للخياطة او للقصارة بطلت الاجارة لما قلنا
وان كانت الاجارة على دواب بغير اعيانها فسلم اليه دواب فقبضها فماتت لا تبطل الاجارة وعلى المؤاجر ان يأتيه بغير
ذلك لانه هلك ما لم يقع عليه العقد لان الدابة اذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع فى الذمة وانما تسلم العين ليقيم منافعها
مقام ما فى ذمته فاذا هلك بقى ما فى الذمة بحاله فكان عليه ان يعين غيرها وقد ذكرنا اختلاف اشارة الروايات فى الدار
اذا انهدم كلها او انقطع الماء عن الرحى او الشرب من الارض ان الاجارة تنفسخ او يثبت حق الفسخ فيما تقدم وعلى
هذا ايضا يخرج موت الظئر ان الاجارة تبطل به لانها مستأجرة ومنها انقضاء المدة الا لعذر لان الثابت الى غاية
ينتهى عند وجود الغاية فتنفسخ الاجارة بانتهاء المدة الا اذا كان ثمة عذر بان انقضت المدة وفى الارض زرع لم
يستحصد فانه يترك الى أن يستحصد بأجر المثل بخلاف ما اذا انقضت المدة وفى الارض رطبة أو غرس انه يؤمر
بالقلع لان فى ترك الزرع الى أن يدرك مراعاة الحقين والنظر من الجانبين لان لقطعه غاية معلومة فأما الرطبة فليس
لقطعها غاية معلومة فلو لم تقلع لتعطلت الارض على صاحبها فيتضرر به وبخلاف الغاصب اذا زرع الارض
المغصوبة انه يؤمر بالقلع ولا يترك الى وقت الحصاد باجر لان الترك فى الاجارة لدفع الضرر عن المستأجر نظرا له وهو
مستحق للنظر لانه زرع باذن المالك فاما الغاصب فظالم متعد فى الزرع فلا يستحق النظر بالترك مع ما انه هو
الذى أضر بنفسه حيث زرع أراضى غيره بغير حق فكان مضافا اليه ومنها عجز المكاتب بعد ما استأجر شيئا انه
يوجب بطلان الاجارة بلا خلاف لان الاجرة استحقت من كسب المكاتب وبالعجز يبطل كسبه فتبطل
الاجارة اذ لا سبيل الى ايجابها من مال المولى فان عجز بعد ما استأجر فالاجارة باقية فى قول أبى يوسف وقال محمد
تبطل والكلام فيه راجع الى أصل نذكره فى كتاب الهبة فى كيفية ملك المولى كسب المكاتب عند عجزه ان عند أبى

يوسف كسب المكاتب موقوف ملكه فى الحقيقة على عجزه أو عتقه فان عجز ملكه المولى من الاصل وان عتق
ملكه المكاتب من الاصل وعند محمد هو ملك المكاتب ثم اذا عجز انتقل الى المولى كما ينتقل الملك من
الميت الى ورثته بالموت ووجه البناء على هذا الاصل ان عند أبى يوسف لما وقع الملك
للمولى فى الكسب من حين وجوده صار كان الاجارة وجدت من المولى
فلا تنتقض بعجز المكاتب ولما كان الملك للمولى فيه من طريق الانتقال
من المكاتب عند عجزه على أصل محمد صار بمنزلة انتقال الملك من الميت
الى وارثه عند عجزه وذلك يوجب انتقاض الاجارة كذا هذا
وأصل هذه المسئلة فى المكاتب اذا وهبت له هبة ثم
عجز ان للواهب أن يرجع فى قول أبى يوسف
وعند محمد لا يرجع وسنذكره فى كتاب
الهبة والله عز وجل
أعلم

﴿ تم الجزء الرابع و يليه الجزء الخامس أوله كتاب الاستصناع ﴾

فهرست

(الجزء الرابع من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

(تمت)